

Injures et Diffamations envers la mémoire des morts

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Vendredi 12 octobre 1934, à 14 h. 30

PAR

JEAN PETIT

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour
Attaché au Parquet général

MEMBRES DU JURY

Président M. HENRY, professeur
Assesseurs ... { MM. KRÖLL, professeur
SIMONNET, professeur



NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—
1934

Injures et Diffamations envers la mémoire des morts

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

le Vendredi 12 Octobre 1934, à 14 h. 30

PAR

JEAN PETIT

Lauréat de la Faculté
Avocat à la Cour
Attaché au Parquet général

MEMBRES DU JURY

Président M. HENRY, professeur
Assesseurs ... { MM. KRÆLL, professeur
SIMONNET, professeur



NANCY

IMPRIMERIE NANCÉIENNE, 15, RUE DE LA PÉPINIÈRE

—
1934

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. SENN, *, †, I. O.

Doyens honoraires :

MM. F. GÉNY, O. *, I. O.

MICHON, *, I. O.

Professeurs honoraires :

MM. MAY, *, I. O.

CARRÉ DE MALBERG, *, I. O.

ROLLAND, I. O.

MOREL, I. O.

F. GÉNY, O. *, I. O.

Maître de conférences honoraire : M. MÉLIN, I. O, docteur en Droit.

Professeurs :

MM. GÉNY, O. *, I. O, professeur de Droit civil.

MICHON, *, I. O, professeur de Droit romain.

BROCARD, *, I. O, professeur d'Economie politique.

SENN, *, †, I. O, professeur de Droit romain.

RENARD, I. O, professeur de Droit public.

HENRY, I. O, professeur de Droit criminel.

KRÖLL, I. O, professeur d'Histoire du Droit.

LALOUËL, I. O, professeur de Droit international public.

LESCOT, I. O, professeur de Droit commercial.

SIMONNET, I. O, professeur de Droit civil.

VOIRIN, †, A. O, professeur de Droit civil.

TROTABAS, †, A. O, professeur de Droit administratif et de
Législation financière.

PARISOT, A. O, professeur de Droit civil.

DE MENTHON, professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, docteur en Droit, chargé de cours d'Economie
politique.

BURDEAU, docteur en Droit, chargé de cours de Droit public

B. GÉNY, docteur en Droit, chargé d'enseignement.

Secrétaire : M. BERTRAND, I. O,

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



A la mémoire de ma Mère,

A mon Père,

Aux Miens et à mes Amis.

A mon Président de Thèse,
Monsieur le Professeur André HENRY.

INTRODUCTION

Gloire, jeunesse, orgueil, biens que la tombe emporte
L'homme voudrait laisser quelque chose à la porte
Mais la mort lui dit non!
Chaque élément retourne où tout doit redescendre
L'air reprend la fumée, et la terre la cendre,
L'oubli reprend le nom.

(Victor Hugo, *Les Chants du Crépuscule*,
Napoléon II.)

En dépit de ces vers, l'oubli ne reprend pas le nom avec la foudroyante rapidité que paraît lui prêter le poète.

Pendant de longues années, voire des siècles, le souvenir persistera de celui qui, disparu de cette terre, y laisse du moins un nom, une œuvre, une réputation. Quoiqu'on en puisse penser, le plus humble mortel comme le plus altier et le plus orgueilleux des conquérants se survivent à eux-mêmes dans la mémoire des hommes. Le souvenir de l'un pourra se transmettre, de génération en génération, à travers les siècles; celui de l'autre ne dépassera pas le cadre étroit de quelques proches et s'éteindra au bout de peu d'années, mais il demeure que tout homme, quelle que soit sa condition ou son rang social, n'abandonne pas cette terre sans qu'il subsiste de lui un reflet plus ou moins vivace de son passage parmi les vivants. Cette trace, ce reflet, ce souvenir c'est ce que nous appelons la mémoire des morts.

« Le corps qui, au sein de la terre, s'anéantit tous les jours n'est pas tout ce qui reste de l'homme : il y a encore autre chose, quelque chose de très réel, quelque chose qui occupe une grande place parmi les vivants, quelque chose qui reste au milieu d'eux, qui agit, qui règne sur eux. Après l'homme, il reste ce qu'il a fait ; ce résultat, ce résumé de sa vie, c'est sa mémoire et c'est lui encore (1). »

Plus simplement on peut définir la mémoire, « la réputation bonne ou mauvaise, qui reste d'une personne après sa mort » (2).

Cette mémoire, tant qu'elle durera, pourra essuyer de vives critiques, être exposée à des dénigrements systématiques, être en butte à de basses attaques difamatoires.

En présence de cette situation, le problème vient aussitôt à l'esprit : doit-on la protéger et le peut-on ?

Le point de savoir s'il convient, en principe, de défendre la mémoire des morts relève de la philosophie. Cette question liminaire résolue, nous aborderons le problème juridique : est-il possible d'organiser une telle protection ?

*
**

En se plaçant au point de vue philosophique, on a nié que cette protection fût possible. Il est d'ailleurs

(1) PLOUGOULM, conseiller à la Cour de Cassation (rapport sous Cass. crim., 24 mai 1860, D. P. 1860, 1.201).

(2) LITTRÉ. — *Dictionnaire de la Langue française*, Ve Mémoire, n° 6.

curieux de constater que des écoles opposées soient arrivées, par des chemins différents, à des solutions identiques.

Certains partisans du spiritualisme ont prétendu se désintéresser de la question. Après la mort, ont-ils dit, le corps est au sein de la terre où bientôt il s'anéantit ; l'âme est dans ces pures régions que Dieu dérobe à notre vue où, certes, elle est insensible à nos misères, surtout à nos vengeances ; séparée de la matière, elle n'a plus aucune attache avec notre monde : que lui importe le jugement des humains ? Celui qui rend son âme à Dieu n'a plus à attendre son jugement que de Lui. L'injure d'un écrivain ne peut atteindre l'homme qui a déjà comparu devant son Juge suprême. Dans ces conditions, protéger la mémoire des morts, c'est faire preuve d'irreligion, c'est propager des doctrines matérialistes, c'est suivre les errements des législations païennes ; on oublie l'essence même du spiritualisme, puisqu'on proclame que le royaume des cieux n'est pas une récompense suffisante pour ceux qui ont bien vécu et qu'on substitue au jugement de Dieu le jugement des hommes.

A l'opposé, certains matérialistes raisonnent ainsi : à sa mort, l'homme retombe dans le néant, rien ne lui survit. Pour nous, un mort n'est que de la cendre et sa mémoire n'existe pas ; dès lors, pourquoi protéger une ombre ?

Ces deux opinions extrêmes nous paraissent également outrancières, quoiqu'à des titres différents. Le problème doit être replacé sur son véritable terrain.

Ce n'est pas par les élans du spiritualisme, par les consolations et les espérances de la religion qu'il faut le résoudre. Il faut donner aux choses leur vrai nom et laisser aux mots leur vrai sens. La nature de l'âme et ses destinées ne sont pas en question. Il s'agit seulement du souvenir, plus ou moins glorieux, plus ou moins honoré, que nous laissons après nous chez ceux qui nous ont connu. Or, ce souvenir existe, nul ne peut le contester. « La mort ôte la présence, voilà son empire ; il est terrible, mais il se borne là. Ce qui a été, est, vit, même sur la terre, par la trace qu'il y a laissée. Cette trace, c'est la mémoire (1). »

Il est faux de prétendre que l'homme ne laisse sur la terre qu'une dépouille mortelle ; les spiritualistes, aussi bien que les matérialistes, sont obligés de reconnaître que la mémoire subsiste alors que le corps est, depuis longtemps, anéanti. N'est-ce pas, justement, une forme de l'immortalité que ce souvenir de notre œuvre, qui persiste chez nos contemporains après notre mort et qui s'impose à nos descendants ? N'est-ce pas par ce moyen que l'homme se survit, qu'il est honoré, respecté, puissant ? On peut être matérialiste et néanmoins attacher un grand prix à ce souvenir. Quant au spiritualisme, il n'exclut ni ne condamne une légitime sollicitude pour l'honneur de notre nom et surtout il n'enseigne point au fils de laisser la mémoire de son père sans défense contre la calomnie. « De tous les biens que l'homme a pu posséder ici-bas, il ne lui reste que son nom, que sa mémoire ; c'est pour les livrer sans tache à la postérité qu'il a sacrifié, aux dogmes sacrés de la vertu, des avanta-

(1) PLOUGOULM, précité.

ges passagers et vulgaires, qu'il a négligé les chances d'une fortune périssable, qu'il a bravé les périls et le trépas. La pierre des tombeaux est-elle donc une barrière invincible qui exclut, entre ce monde et l'autre, les relations touchantes et religieuses, la communauté de souvenirs, les rapports intellectuels, les espérances illimitées? Ah! s'il en était ainsi, qu'il y aurait de choses superflues dans notre âme... (1). »

D'ailleurs, la protection de la mémoire des morts procède de l'une des plus vieilles et des plus profondes idées religieuses de l'humanité, universellement admise, aussi bien chez les peuples les plus évolués que chez les primitifs: le respect dû aux morts.

Cette idée se traduit dans les cérémonies qui se déroulent lors du décès d'un être humain et surtout dans la réprobation unanime attachée à la conduite de celui qui ose profaner la paix des tombeaux.

Les marques de respect s'adressent à la dépouille mortelle ; mais, à travers elle, c'est la personnalité même du mort qu'on veut honorer. Bien mieux, chez les peuples primitifs, pour bien marquer que le mort est entré dans une sphère supérieure à celle dans laquelle se meuvent les vivants, il prend rang parmi les divinités: sa personnalité devient sacrée. Si bien que porter la main sur la dépouille mortelle, mutiler le cadavre c'est, d'abord, commettre un geste contraire au respect dû aux morts, mais c'est surtout outrager le défunt et, ainsi, se rendre coupable de sacrilège. On comprend que ce genre de profanation

(1) M. de MARCHANGY, avocat général près la Cour de Cassation (Conclusions sous Cass. crim. 24 avril 1823. *Sirey chronolog.*, 1822-1824, 1.237).

soit prévu par les plus anciennes coutumes et sévèrement réprimé (1).

Le respect des défunts reste encore profondément enraciné dans l'esprit moderne; s'ils étaient interrogés, tous les hommes avoueraient, avec Maurice Barrès, que « le 1^{er} novembre, quand sonnent les cloches de leur ville natale, et qu'une pensée se lève de chaque tombe, ils aiment à méditer les idées qui flottent sur le ciel glacé du cimetière et à rattacher pieusement à la mort, tous les soins de la vie » (2).

Cette idée est tellement ancrée dans les mœurs qu'elle doit s'imposer au législateur. La paix des tombeaux doit être assurée, et tout individu qui oserait la troubler, soit en s'attaquant au cadavre, soit en salissant la mémoire du défunt, doit être puni par toute législation soucieuse de refléter fidèlement les aspirations de la conscience universelle.

*
**

Ce principe n'est pas douteux, mais son application suscite des difficultés nombreuses, les unes rela-

(1) A Rome les sépulcres avaient droit, à un double titre, au respect de tous; c'étaient, en effet, des res religiosæ, c'étaient, de plus, des choses susceptibles de droits privés. Violer un sépulcre, c'était donc, à la fois, outrager la religion et violer le droit; c'était commettre un sacrilège et une injustice. Deux actions sanctionnaient ce fait :

1^o Crimen publicum sepulcri violati (punition de la violation);

2^o Action de sepulcro violato (réparation du préjudice causé).

Voir, pour plus de détails, FAYOUT (J.), *Du jus sepulcri*, thèse, Paris 1884 (190 pages).

En ce qui concerne la Loi Salique, GARÇON (Code pénal annoté, V^o art. 360, n^o 1), rapporte ce passage « Siquis corpus jam sepultum effoderit aut exspoliaverit wargus sit », Emend, 55.2).

Pour nos anciens auteurs, le crime de « violement de sépulchre » était regardé comme une espèce de sacrilège. Voir, notamment : JOUSSE, *Traité de la Justice criminelle de France*, 1771, tome III.

(2) *Revue bleue*, du 1^{er} novembre 1902.

tives au fondement juridique de cette protection, les autres touchant à la portée et aux limites de cette même protection.

Il importe d'examiner et de résoudre successivement ces deux questions.

Les concepts généraux du Droit moderne laissent-ils place à une institution de cet ordre ?

Deux théories existent à cet égard, diamétralement opposées l'une à l'autre.

Pour les uns, le décès sépare complètement les défunts de la société dont ils faisaient partie. Le Droit ne pense qu'aux réalités de la terre, il doit ignorer les morts. « La terre est le patrimoine, non des morts, mais des vivants (1). » Dans son discours sur l'égalité des partages, Mirabeau affirmait : « L'abîme, ouvert par la nature sous les pas de l'homme, engloutit également ses droits avec lui ; de manière qu'à cet égard, être mort ou n'avoir jamais vécu, c'est la même chose... Quand la mort vient à nous frapper de destruction, comment des rapports attachés à notre existence pourraient-ils encore nous survivre ? Le supposer, c'est une illusion véritable : c'est transmettre au néant les qualités de l'être réel » (2). Pendant la discussion, au Conseil d'Etat, de la constitution du 16 thermidor an X, Napoléon proclamait qu'« un homme mort, quelque grand qu'il eût été, n'était plus rien » (3). Dans ces conditions, comment parler de

(1) CORNELIS DE WITT, THOMAS JEFFERSON. — *Etude historique sur la Démocratie américaine*, p. 174.

(2) ŒUVRES de MIRABEAU, édit. Barthe, T. III., p. 484.

(3) THIERS. — *Histoire du Consulat et de l'Empire*, T. III, p. 540.

diffamations et d'injures envers la mémoire des morts ? Ne manque-t-il pas une condition essentielle : le diffamé, c'est-à-dire le corps du délit ? De ce mort qu'on veut rendre invulnérable, la mémoire n'est rien (1).

Le Droit ne peut l'atteindre et, partant, ne peut la protéger.

Pour les autres, la loi ne doit pas abandonner l'homme quand il a cessé de vivre. « Le Droit est une science générale, complexe et variée comme l'activité humaine dont il régleme les diverses manifestations ; son horizon ne connaît pas de limites ; son domaine est universel et on peut, en toute vérité, lui appliquer le vers du poète : « Homo sum, et nil humanum a me alienum puto » : rien de ce qui concerne l'homme ne me reste étranger. Il ne suffit donc pas au juriconsulte de se préoccuper des vivants et d'examiner les lois qui les gouvernent ; son devoir va plus loin, et la condition juridique des morts rentre naturellement dans le cadre de ses études (2). »

Ce sont ces dernières idées qui ont inspiré le législateur français. Il prévoit, pour les réprimer, les atteintes à la dépouille mortelle : dans l'article 360 du Code pénal il punit les violations de tombeaux ou de sépulcres et plus généralement tout geste qui trouble la paix des tombeaux. Mieux, il s'est préoccupé spécialement de la mémoire des morts. La dévolution du patrimoine que laisse le défunt est soigneusement réglée par la loi. On appelle succession, non seule-

(1) GRELLET-DUMAZEAU. — *Traité de la Diffamation*, T. I, p. 39.

(2) TIMBAL (Gabriel). — *De la Condition juridique de la Mémoire des Morts*, thèse, Toulouse 1903, p. 7.

ment celle qui est opulente, mais même celle où il n'y a rien de matériellement appréciable (1). « Ne voit-on pas des enfants pauvres se vanter du moins que leur père leur a laissé une réputation intacte ? et, quelquefois, une gloire d'artiste, de savant, de brave guerrier, de magistrat intègre ? Ne sont-ce pas là des biens véritables, d'incontestables richesses, qu'on voit souvent servir de recommandation au fils, de dot à la fille, d'illustration à toute la famille ? Les païens eux-mêmes l'ont dit avec orgueil : « *Optima hereditas a patribus linquitur liberis, gloria virtutis, rerum que proeclare gestarum ; cui dedecori esse nefas ac impium judicandum est !* ». « La plus belle succession qu'un père puisse laisser à ses enfants est la gloire qui s'attache à la vertu et aux grandes actions ; être infidèle à cette gloire a quelque chose de néfaste et d'impie (2). »

Il est évident que le législateur qui édicte des lois pour la transmission des propriétés, pour la conservation des biens dans les familles, ne peut se désintéresser du patrimoine moral et laisser à l'abandon des biens plus précieux que ceux de la fortune. Aussi bien notre Droit français fait-il une large place à ces idées, qu'il consacre en maintes occasions.

Dans le Code civil nous trouvons plusieurs textes qui, dans un cas particulier, sanctionnent l'atteinte à la mémoire des morts. Qu'il nous suffise, à cet égard, de citer les articles 955, 727 et 1047.

Les donations entre vifs, dit l'article 953 du C. C.,

(1) *Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* — Digeste, L. 50, Titre 16, loi 213 § 2 (cité par M. DUPIN).

(2) DUPIN, procureur général près la Cour de Cassation (conclusions sous Cass. crim., 24 mai 1860 (précité)).

sont révocables pour cause d'ingratitude. On pourrait songer, à la suite de Pothier (1), que l'injure grave, faite à la mémoire du donateur, constitue une forme d'ingratitude. Si cette solution est en général rejetée lorsqu'il s'agit de donations, en revanche elle ne fait plus question en présence des termes formels de l'article 1047 C. C., relatif aux testaments. Ce texte dispose, en effet : « Si cette demande... [en révocation des dispositions testamentaires]... est fondée sur une *injure grave faite à la mémoire* du testateur, elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit ». Il faut voir là une peine infligée par la loi à celui qui méconnaît les devoirs de la reconnaissance.

Bien plus, lorsque l'héritier néglige de dénoncer l'assassin de son auteur, il est réputé indigne (2) et privé de la succession à laquelle lui donnaient cependant droit les liens du sang. « Si la loi, non seulement permet, mais oblige de venger la mort d'un défunt, qui pourrait douter qu'elle permette également de venger sa mémoire ? Il semble même qu'il y ait un « *a fortiori* » pour le décider ainsi, puisqu'en effet l'honneur l'emporte sur les biens et sur la vie (3). »

Ces dispositions ne témoignent-elles pas suffisamment que le législateur veille sur la mémoire des morts avec une pieuse sollicitude, au moins lorsqu'il s'agit de ceux qui doivent tout au défunt ?

Néanmoins, d'aucuns leur déniaient toute valeur probante en faveur de la thèse que nous soutenons. Loin de viser à protéger la mémoire des morts, ils ne se-

(1) *Introduction à la Coutume d'Orléans*, titre XV, n° 118.

(2) Article 727 du Code civil.

(3) DUPIN. — *Observations sur plusieurs points importants de notre législation criminelle*, 1821.

raient, dit-on, qu'une des multiples manifestations, dans notre Droit, de la force du lien familial.

Fera-t-on encore le même reproche à l'article 614 du Code de commerce, aux termes duquel le failli pourra être réhabilité après sa mort? Cette faculté a-t-elle d'autre but que d'effacer toute tache atteignant le nom du défunt?

Bien mieux, les articles 443 à 447 du Code d'instruction criminelle autorisent la revision des procès criminels et correctionnels (1). En cas de décès du condamné et s'il n'a pas de représentant légal, il lui est désigné un curateur; s'il y a lieu, la Cour de Cassation déchargera la mémoire du mort. Ce sont les termes mêmes de la loi (2). Dira-t-on encore que c'est là une des dispositions édictées dans l'intérêt de la famille, puisque le texte trouve son application alors même que le condamné ne laisse aucun parent?

Ainsi, la loi, dans le seul but de purifier la mémoire d'un mort de la souillure qu'une fatale erreur lui imprime, permet de nommer un curateur à cette mémoire et de détruire l'œuvre de la justice!

Quelles autres preuves faut-il pour démontrer qu'aux yeux du législateur français la mémoire survit au corps? qu'après la mort comme pendant la vie, la loi veille à ce que l'honneur du citoyen soit con-

(1) L'article 114 du Code de justice militaire, du 9 mars 1928, prévoit que « la procédure prescrite par les articles 443 et suivants du C. I. C., est intégralement applicable aux demandes en révision formées contre les jugements des tribunaux militaires ».

Voir également la loi du 9 mars 1932, créant une Cour spéciale de justice militaire chargée de la revision des jugements rendus dans la zone des opérations des armées de terre et de mer par des juridictions d'exception (D. P. 1932, 4, 298).

(2) Art. 445 du Code d'inst. crim., modifié par la loi du 19 juillet 1917.

servé intact, à ce que son nom demeure entouré de considération et de respect? Il est donc loin de la conception suivant laquelle on doit se désintéresser de la mémoire des morts, cette vaine ombre! Il a compris que la défense de cette mémoire constituait un pieux devoir pour les vivants et qu'il devait ériger les règles les plus sévères pour permettre aux héritiers de poursuivre ceux qui seraient assez lâches pour s'attaquer à des morts.

D'ailleurs il est inutile, selon nous, de soulever, à propos de cette question, le problème de la survie de la personnalité humaine.

Il suffit d'examiner quelque peu la nature exacte des attaques dirigées contre les morts, pour se convaincre que l'argument de l'extinction de la personne au décès ne saurait constituer un obstacle sérieux à une protection de la mémoire des défunts.

En effet, les injures et les diffamations envers les morts ne diffèrent pas essentiellement des injures et des diffamations envers les vivants. Ce que l'on diffame, ce n'est pas la mémoire mais la vie du défunt : on lui impute certains faits, on lui reproche certaines actions qu'il a commises de son vivant. Somme toute, c'est la diffamation ordinaire, seulement elle est commise dans une circonstance particulière : après le décès de la personne. Au fond, il y a là une seule et même infraction, tantôt commise du vivant du diffamé, tantôt *post mortem* (1). Pourquoi serait-

(1) Cette identité est particulièrement frappante lorsque les attaques, commencées du vivant de la personne, se continuent après son décès. Nous en trouvons un exemple dans l'espèce suivante : vers 1880 une polémique s'engagea, violente et passionnée, à propos des spéculations et des chantages du raffineur Jules Lebaudy. M^e Séverine, en particulier, apprécia sévèrement la conduite de l'industriel et celle de son fils Max. Sur les entrefaites,

elle punissable dans le premier cas et pas dans le second ? Au point de vue strictement législatif, il n'y a aucune raison de rejeter, *a priori*, la répression des injures et diffamations envers la mémoire des morts. Il y a seulement des questions d'opportunité qui peuvent inciter le législateur à édicter, en cette matière, des règles particulières et à subordonner la poursuite pénale à l'existence de certaines conditions. C'est qu'en effet dès que le législateur songe à étendre à la mémoire des morts la protection légale, assurée aux vivants par les incriminations d'injure et de diffamation, il rencontre un certain nombre d'obstacles tenant, les uns au respect des intérêts privés, les autres à celui des intérêts généraux de la collectivité.

*
**

A des intérêts privés, tout d'abord. On comprend que la personne qui est atteinte dans son honneur ou sa considération puisse se défendre et traduire son diffamateur devant les tribunaux. Mais le procès auquel elle va se trouver mêlée est lourd de conséquences pour elle : la publicité des débats et du jugement risque d'attirer sur son nom l'attention de la foule, toujours en éveil et avide de scandales. La considération qu'il s'agit de défendre par cette poursuite n'a-t-elle pas plus à y perdre qu'à y gagner ?

Max Lebaudy décéda. A cette occasion, Drumont fit paraître, dans *La libre Parole*, un article intitulé : « Un dernier mot », dans lequel il approuvait Séverine. Cet article fit l'objet d'une plainte en diffamation, en vertu de l'article 34 de la loi de 1881 (Seine, 18 novembre 1896, *Le Droit* du 20 novembre).

Il n'y avait aucune différence de nature entre les atteintes à la mémoire du défunt contenues dans l'article incriminé et les attaques qui avaient été dirigées contre la personne vivante pendant la campagne qui avait précédé le décès : les unes étaient la suite des autres.

La loi elle-même a senti ce danger : elle exige, pour la répression des injures et diffamations, la plainte préalable de la personne lésée (1). « Nul, sans son consentement, disait M. de Serre, lors de la discussion de la loi de 1819, ne doit être engagé dans des débats où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients ; et si le maintien de la paix publique semble demander qu'aucun délit ne reste impuni, cette paix gagne aussi à ce qu'on laisse se guérir d'elles-mêmes des blessures qui s'enveniment, dès qu'on les touche (2). »

Comment peut-on accorder un droit de poursuite aux héritiers d'une personne diffamée après sa mort ? Auront-ils le tact désirable ? Ne vont-ils pas agir à la légère et entraîner la mémoire de leur auteur dans un procès inopportun et nuisible par le scandale qu'il entraîne ? « Dans combien de circonstances un procès ne sera-t-il pas un malheur de plus pour la mémoire que l'on prétendra venger (3). » N'est-ce pas vous qui, en accordant une action aux héritiers, allez permettre de troubler la paix des tombeaux ? (4). Pour éviter de tels inconvénients, ne vaut-il pas mieux retirer aux héritiers tout droit d'agir ?

(1) Loi du 29 juillet 1881, article 60, 2^o.

(2) M. DE SERRE, garde des Sceaux, cité au D. P. 1867, I, 129, et par M. AZARD. *De la Diffamation envers les Morts et de la Critique historique*, thèse, Paris 1901, p. 59.

(3) M^e HENNEQUIN. — Plaidoirie dans l'affaire héritiers La Chalotais contre l'*Etoile*. Trib. correct. Seine, 19 avril 1826, D. P. 1860, 1.201, en note.

(4) Voir, en ce sens, M. PELLETAN : « Un homme a passé sur la scène du monde, il a joué bien ou mal son rôle et, après une vie agitée, il a enfin conquis ce premier repos du cercueil, et cet autre repos, non moins précieux quelquefois, de l'oubli, et il pourra dépendre d'un arrière-cousin de le tirer de son tombeau et de traîner son spectre à l'audience d'un tribunal, uniquement pour fournir l'occasion à un demandeur et à un défendeur de fouiller au fond d'une fosse et de remuer de la poussière. » Rapport au Sénat, cité par BARBIER, *Code expliqué de la Presse*, 2^e édit., 1911, n^o 546.)

Cet argument est loin d'être insurmontable; ceux qui l'invoquent ne voient pas que, sous prétexte d'éviter un mal, ils tombent dans un pire. On veut supprimer le risque de voir la mémoire d'un mort éclaboussée par le scandale provoqué inconsidérément autour d'elle par les héritiers. Ce scrupule est louable, mais en lui conférant une importance excessive, on laisse ces derniers complètement désarmés en face des diffamateurs de leur parent, à qui pleine licence serait ainsi donnée de couvrir de boue la mémoire la plus digne de respect. S'il y a quelques inconvénients à permettre aux héritiers de protéger la mémoire de leur auteur, il y en a de beaucoup plus grands à le leur interdire.

Les héritiers, mûs par l'affection qu'ils avaient pour le défunt et par le culte qu'ils vouent à sa mémoire, sauront — d'instinct — se garder de poursuites téméraires, susceptibles de préjudicier à celui-là même qu'ils se proposent de défendre.

D'ailleurs, dans des circonstances analogues et bien que l'action soit essentiellement personnelle, la loi donne, néanmoins, aux héritiers le droit d'agir: si le mari n'a pas, de son vivant, désavoué l'enfant de sa femme, et meurt dans le délai utile pour le faire, ses héritiers peuvent agir à sa place (1); de même, les héritiers du donateur ont le droit de demander la révocation de la donation pour cause d'ingratitude si l'action avait été commencée par leur auteur, ou si ce dernier est décédé dans l'année du délit (2); enfin, les héritiers peuvent provoquer la révocation

(1) Code civil, art. 317.

(2) Code civil, art. 957, § 2.

des legs lorsqu'ils invoquent une injure faite à la mémoire de leur auteur (1).

Par ces quelques exemples, on voit que le législateur fait confiance aux héritiers : il compte, à juste titre, sur les sentiments de piété que ces derniers professent à l'égard du défunt et pense, avec raison, que les liens étroits qui les attachent à celui-ci, sont assez puissants pour inspirer aux demandeurs le discernement et la mesure requise en des matières aussi délicates.

L'argumentation que nous venons de réfuter ne résiste pas à un bref examen : nous ne croyons pas nécessaire d'y insister plus longuement. Par contre, il nous reste à trouver un terrain de conciliation où se pourront harmoniser la protection de la mémoire des morts d'une part, et les légitimes intérêts de la collectivité d'autre part ; en un mot, c'est le célèbre et redoutable problème des droits de la Critique et de l'Histoire. Cette deuxième objection mérite qu'on s'y arrête davantage. Elle constitue, à vrai dire, l'obstacle le plus important, érigé par les adversaires de notre institution.

L'extension aux attaques dirigées contre la mémoire des morts, des incriminations d'injure et de diffamation ne paraît pas souhaitable, car la protection de l'honneur des vivants, telle qu'elle est assurée par nos lois, est déjà excessive.

Cette législation semble, en effet, aller à l'encontre des intérêts de la société. La divulgation de la vérité, la permisison d'apporter la preuve de la réa-

(1) Code civil, art. 1047.

lité des faits avancés, peuvent être regardées comme une condition de sécurité sociale et même comme constituant un système à l'application duquel la morale ne saurait que gagner (1).

Si ces considérations n'ont pas prévalu, c'est qu'elles ont dû céder devant d'autres plus puissantes. Sans parler de la vie privée qui, suivant l'expression de Royer Collard, « doit être murée » (2), le droit de faire la preuve aurait été, pour tout le monde, un véritable danger. Pour des condamnés qui ont payé leur dette à la société, il aurait empêché toute réhabilitation; quant à l'honnête homme, il l'aurait exposé à mettre au grand jour ses chagrins les plus intimes, des fautes ou des erreurs qu'il a pu commettre et qu'il s'efforce de réparer de tout son pouvoir. Et surtout, que de gens peu scrupuleux, friands de scandale, n'auraient pas reculé devant la possibilité d'une preuve et d'une condamnation à encourir, pourvu qu'ils aient causé à leur victime, par la révélation de ses secrets les plus douloureux, un mal que les compensations offertes par la loi auraient été impuissantes à réparer! Comme le disait encore M. de Serre (3), il y aurait eu dans la possibilité de la preuve « un appât présenté à la médisance, une arène ou-

(1) « Cette crainte [de la divulgation de la vérité]... enchaînera le vice en épouvantant l'homme vicieux ». HALLIER (Paul). — *De la Diffamation dans ses éléments constitutifs et dans ses variétés*, thèse. Paris, 1898, p. 12.

(2) Voir également Benjamin CONSTANT : « La vie privée de tout citoyen est sa propriété. Nul n'a le droit de pénétrer dans ce sanctuaire. Je sais que beaucoup de bons citoyens prétendent que toutes les vérités sont bonnes à dire. L'on se place sur un terrain très avantageux quand on réclame les droits illimités de la vérité. Cependant, je préfère pour moi renoncer à l'avantage du poste et plaider la cause de la justice ». Benjamin CONSTANT, cité PHILIPPOTEUX (Henri) : *De la Diffamation envers les particuliers suivant la législation de 1881*, thèse Lille, 1890, p. 5.

(3) Cité par HALLIER (Paul), *op cit.*, p. 7.

verte à la licence et à la malignité ». Dans l'intérêt de la tranquillité et du repos de la société, il fallait donc décider que la preuve doit être interdite.

Nous nous inclinons volontiers devant ces raisons, nous disent nos adversaires. Nous admettons, avec vous, que la loi pénale doit punir toute imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur d'une personne, sans avoir à distinguer si le fait est vrai ou faux, si la personne mérite ou non cette protection, ni même si son honneur existe encore (1). Mais cette obligation au silence doit disparaître au décès de la personne. Qu'on reste muet tant que les individus sont vivants, soit; mais, après leur mort, les inconvénients d'une divulgation intempestive n'existent plus: pourquoi ne pas libérer sa conscience, pourquoi ne pas crier la vérité, pourquoi ne pas dévoiler au public les hontes ignorées? Voltaire n'a-t-il pas dit: « On doit des égards aux vivants, on ne doit aux morts que la vérité »?

Les critiques prétendent que ce n'est qu'après le décès des artistes qu'ils peuvent pleinement exercer leurs droits; jusqu'à ce moment, disent-ils, nous sommes esclaves de la fameuse formule de M. Henry Bordeaux: « Tout sur l'œuvre, rien sur l'homme ».

En effet, si le critique a toute liberté pour apprécier l'œuvre, en examiner la forme et le fond, donner

(1) Ce raisonnement est parfaitement conforme au système adopté par la jurisprudence. Selon celle-ci, les individus qui ont subi une condamnation judiciaire n'en restent pas moins protégés comme tous autres, par les lois qui punissent la diffamation.

Voir, notamment, Cass. crim., 15 novembre 1900, (S. 1904, 1, 111, D. P., 1901, 1, 286...)

« Il est impossible de se déshonorer dans le monde actuel... Le deshonneur, autrefois, était un châtement du genre « à perpétuité ». — C'est, désormais, une peine « à temps »... Georges DURAMEL, *Le Sentiment de l'Honneur*.

son avis sur les idées qui y sont exposées et pour juger les talents, il doit s'abstenir d'attaquer la personne de l'auteur, s'immiscer dans sa vie et pénétrer dans son intimité.

Pourtant la connaissance des hommes est souvent indispensable à l'intelligence des œuvres. Sans doute, il y a des écrivains tellement impersonnels et qui ont mis si peu d'eux-mêmes dans leurs livres, que l'on pourrait presque ignorer leur biographie. Mais combien d'autres ont fait étalage de leur personnalité et fait passer dans leurs livres leurs sentiments, leurs passions, leurs amours et leurs haines ? Combien ont conçu leur œuvre à leur image ? Combien ont exposé des idées et soutenu des doctrines dont l'origine et l'explication se trouvent dans un événement de leur vie, dans un trait de leur caractère, dans une particularité de leur tempérament ? Aussi la critique doit être « une étude, non seulement de l'œuvre, mais aussi de l'homme tout entier, dont l'auteur n'est qu'un fragment » (1).

Si le critique ne peut s'ingérer dans la vie privée des auteurs, c'est que des intérêts particuliers, ceux de la personne et ceux de la famille, militent en faveur d'une telle réserve. La loi, sans doute, ne garantit pas la réputation des écrivains, mais elle les protège, comme tous les citoyens, contre les atteintes portées à leur honneur ou à leur considération.

Les morts ne sauraient jouir d'une telle protection : le décès de l'auteur doit marquer le moment où la critique va pouvoir recouvrir la plénitude de ses moyens. Jusque-là, contrainte à une prudente discrétion.

(1) TAINE. — *Essais de Critique et d'Histoire*.

tion, elle va enfin pouvoir parler librement. Pour expliquer l'œuvre, elle commencera par étudier l'homme lui-même, ses origines, ses ascendants, son milieu, son caractère : aucun détail biographique nécessaire à l'intelligence du sujet ne sera laissé dans l'ombre.

« D'ailleurs, la conscience publique a besoin de savoir ce que valent, comme hommes, les grands hommes. A ceux-là d'entre eux surtout qui se sont érigés en professeurs de morale et en conducteurs de peuples, qui nous dictent des leçons de conduite, qui nous proposent des doctrines politiques, morales, religieuses, sociales, à ceux-là dis-je, nous avons le droit de demander comment ils se sont comportés eux-mêmes en face de la vie, s'ils furent bons époux, bon pères, bons citoyens. De savoir que la dignité de leur caractère les autorise à nous servir de maître, cela affermit notre confiance en eux. Au contraire, la connaissance de leurs misères, de leurs défauts, de leurs tares, nous met justement en défiance, nous préserve de certains engouements et nous prémunit contre la séduction attachée à certains livres éloquents et faux (1). »

Nous en arrivons ainsi à la question des droits de l'Histoire. Guizot, dans ses Mémoires, nous dit : « Les morts appartiennent à l'Histoire ; ils ont droit à la justice, elle a droit sur eux à la liberté ». Il faut dire que, non seulement les faits, mais aussi les hommes, sont les matériaux mêmes dont se sert l'historien. C'est pourquoi un ancien magistrat exposait le problème en ces termes : « Monarques ou sujets, grands ou petits, corps ou individus, prêtres ou laïques, juges et accusés, nous réclamons, pour tous les temps et

(1) ELOY (Maurice). — *Les Droits du Critique littéraire et dramatique ; leur réglementation légale et judiciaire*, thèse, Nancy, 1913.

pour tout le monde, pour tous et contre tous, les franchises de l'historien... Nous demandons qu'aucune main ne mette les scellés sur nos annales. Si vous apportez le moindre obstacle à la vérité indépendante (qu'elle vous blesse ou non, la question n'est pas là), vous livrez l'avenir aux adulations, aux réticences, tandis qu'il faudrait en défendre même le présent, si cela était possible » (1).

C'est que l'histoire a un rôle d'éducatrice à remplir : elle scrute le passé pour en tirer des leçons et elle les présente aux vivants afin que ceux-ci profitent de l'expérience de leurs aînés. Pour faire œuvre utile, elle doit pouvoir juger : l'histoire sans liberté, c'est l'histoire sans dignité et sans utilité, a-t-on dit. « L'histoire ne serait qu'une lanterne magique, si elle n'était en même temps une leçon. Quelle leçon pourrait-elle nous donner, si la loi de la diffamation vient étendre son voile sur les morts pour les cacher à la postérité ? On veut qu'une pierre scellée sur une tombe couvre la vie antérieure aussi bien que leur dépouille ; mais une pareille prétention ne serait rien moins que la suppression de l'histoire ; et qu'aurait donc à faire la postérité, et pourquoi en appellerait-on à son jugement, si elle n'avait le droit de venger la victime et de flétrir le bourreau ? (2) »

Rappeler les phrases célèbres, voire les pages qu'a inspirées l'Histoire à un Tacite, à un Dante, à un Amyot ou, plus près de nous, à un Chateaubriand, dépasserait le cadre de cette modeste étude. Nous nous bor-

(1) PAILLART, premier président honoraire de la Cour impériale de Nancy.
— *Les Franchises de l'Historien*, Paris, 1866, p. 16.

(2) PELLETAN. — Rapport au Sénat, cité par BARBIER, *op. cit.*, n° 546.

nerons, ici, à reconnaître son rôle d'éducatrice que nul, d'ailleurs, ne songe à contester.

Il est certain que, pour le remplir utilement, il faut qu'elle puisse tout dire. Or, la liberté de l'historien sera-t-elle entière si, en dévoilant le secret de la conduite des hommes publics, il s'expose aux poursuites de leurs héritiers? « L'historien doit avoir des droits très étendus pour juger impartialement les actes des défunts; il se taira, s'il risque, en cherchant l'Académie, de rencontrer la police correctionnelle (1). »

Du reste, ajoute-t-on, les appréciations souvent sévères dont seront victimes les personnages historiques, ne sont-elles pas la rançon de leur gloire: en briguant les suffrages de leurs contemporains et les honneurs ne se sont-ils pas soumis par cela même au jugement de l'Histoire? « S'il arrive que princes, généraux ou ministres trouvent dans son œuvre des vérités désagréables, qu'ils se souviennent qu'étant hommes publics, ils doivent rendre compte au public de leurs actions, qu'ils payent de ce prix leur grandeur; que l'histoire est un témoin, non un flatteur; que le seul moyen d'obliger les hommes à dire du bien de nous, c'est d'en faire (2). »

Il est évident que cette argumentation fait impression.

Comme la critique littéraire et artistique, l'histoire a ses droits imprescriptibles à l'encontre de la déférence que nous devons à ceux qui ne sont plus.

Toutes deux, Critique et Histoire, posent un seul et même problème, varié dans ses applications, unique quant à son principe.

(1) PAILLART. — Précité.

(2) DELANGLE, procureur général près de la Cour de Cassation. — Conclusions sous Cass., ch. réunies, 1^{er} mai 1867, D. P. 1867, 1, 129.

Sans doute, les incriminations de diffamation et d'injure doivent se confiner dans le domaine légitime pour lequel elles ont été établies et ne pas entraver le libre exercice des droits de l'Intelligence. Rien n'est moins douteux. Mais si des franchises doivent être ainsi garanties à l'écrivain et au savant, on ne saurait toutefois admettre que cette liberté dissimule de véritables atteintes à la mémoire des défunts, leur assurant l'impunité et sapant, à brève échéance, toute la législation protectrice des morts.

Ceux-ci ont droit à quelques égards. Il suffit de considérer la réprobation qui s'attache aux attaques dirigées contre la mémoire des disparus pour se convaincre de la nécessité d'une protection. « Loin d'être moins coupable lorsqu'elle est exercée contre les morts, la diffamation devient au contraire lâche et sacrilège. Nous le demanderons à ceux-là qui voudraient combattre notre opinion à cet égard : ne seraient-ils pas saisis d'une juste indignation si un diffamateur venait tracer sur le monument funèbre de ceux qu'ils regrettent, des épithètes injurieuses, des imputations atroces ? Ne préféreraient-ils pas être attaqués eux-mêmes dans leurs personnes et leurs propriétés, que de voir le cercueil qu'ils ont arrosé de pieuses larmes souillé par les venins de la calomnie ? Dans le transport de leur douleur, ils croiraient entendre ces êtres si chers leur reprocher de laisser leur réputation en proie à l'imposture et accuser une législation insensible, d'avoir circonscrit ses dispositions dans le cercle des choses matérielles (1). »

Aujourd'hui encore, on peut méditer avec fruit les

(1) M. DE MARCHANGY. — Précité.

sages paroles de Plutarque : « Il y a de la religion à tenir les morts pour sacrés, de la justice à épargner ceux qui ne sont plus, de la politique à empêcher les haines éternelles » (1).

Tels sont, en bref, les intérêts en présence, tout aussi respectables l'un que l'autre. Une conciliation indispensable, mais périlleuse, s'impose. C'est à la recherche de celle-ci que s'est efforcé le législateur français. Nous aurons, dans le cours de cet ouvrage, à étudier, dans une première partie, les solutions données aux différentes époques de l'histoire et à examiner, dans une seconde partie, les dispositions du droit positif qui nous régissent encore actuellement. En conclusion, nous indiquerons les remarques que nous a suggérées l'étude comparative des systèmes proposés.

(1) Rapporté par PLOUGOULM, précité.

PREMIÈRE PARTIE

Etude historique de la question

Le problème remonte à la plus haute antiquité et il est intéressant de retracer l'évolution des idées en cette matière, en partant des plus vieilles législations connues pour arriver aux textes qui nous régissent aujourd'hui encore.

Nous nous proposons, dans les trois chapitres qui vont suivre, de résumer succinctement les systèmes en vigueur au cours des grandes périodes historiques qu'on distingue traditionnellement, savoir :

Chapitre I^{er} l'Antiquité ;

Chapitre II : l'Ancien Droit ;

Chapitre III : le Code pénal et la loi de 1819.

CHAPITRE PREMIER

L'ANTIQUITÉ

Les peuples anciens, s'ils ont connu le problème qui nous occupe, ignoraient cependant les difficultés qu'il suscite dans nos sociétés modernes.

En effet, s'ils ne méconnaissaient pas les exigences de l'histoire, s'ils savaient que les personnages publics, que les souverains mêmes, au-dessus de toute critique pendant leur vie, devaient comparaître, après leur mort, devant ce que certains appellent pompeusement « Le tribunal de l'opinion publique », ils n'avaient pas à redouter que ceux qui écrivaient alors l'histoire, poursuivent au cours de cette tâche des buts inavouables.

L'historien était un juge; dans les petites sociétés qu'étaient les cités antiques, il ne pouvait être question de vie privée: tout se passait sur la place publique et au grand jour; chacun était ainsi à même de corriger le jugement porté sur les défunts et de rétablir la vérité en cas d'erreur. D'ailleurs, l'écriture était peu répandue, les moyens de communiquer la pensée étaient rudimentaires et leur emploi était limité à une élite, si bien que le pamphlétaire ne risquait pas de faire grand mal, puisque son arme avait une portée des plus réduites.

Il est intéressant d'étudier l'évolution qui eut lieu à cet égard: plus la diffusion des idées est facile, plus la protection de la mémoire des morts devient néces-

saire et fait l'objet de dispositions précises de la part des législateurs, ainsi qu'en témoignent les institutions que nous ont laissées l'Egypte, la Grèce et, surtout, Rome.

SECTION PREMIÈRE

Egypte

L'Egypte nous offre un exemple particulièrement intéressant : le Tribunal des Morts.

« C'est une consolation, dit Bossuet, de laisser en mourant son nom en estime parmi les hommes et de tous les biens humains c'est le seul que la mort ne peut nous ravir ; mais il n'était pas permis en Egypte de louer indifféremment tous les morts. Il fallait avoir cet honneur par un jugement public (1). »

En effet, M. Thonissen (2), s'appuyant sur les découvertes de Champollion (3), nous dit que le corps de l'Egyptien, après avoir été embaumé, n'était inhumé qu'après que la vie du défunt eût fait l'objet d'un jugement solennel.

Quarante prêtres au moins, revêtus de leurs insignes religieux, se plaçaient au bord d'un lac creusé dans le territoire du nome (4) auquel appartenait le défunt. Une barque, dirigée par un pilote de l'ordre

(1) BOSSUET. — *Discours sur l'Histoire universelle*, troisième partie, chapitre III.

(2) THONISSEN. — *Etudes sur l'Histoire du Droit criminel des Peuples anciens*, Paris 1869, tome 1^{er}, p. 113 et suiv.

(3) CHAMPOLLION. — *Lettres d'Egypte et de Nubie*, p. 96, 326 et 331.

(4) L'Egypte était partagée en un grand nombre de provinces peu étendues, appelées nomes ou préfectures ; chacune d'elles était divisée en toparchies ou sous-préfectures.

sacerdotal, touchait au rivage, prête à recevoir la momie au premier signal du président. Celui-ci invitait alors les assistants à dénoncer les iniquités que le mort avait commises. Si l'un d'eux prouvait que le défunt avait mené une mauvaise vie, les juges rendaient un arrêt qui privait son corps de la sépulture religieuse et, s'il avait occupé un rang élevé, son nom était effacé de toutes les inscriptions des édifices publics. Si aucun accusateur ne se présentait, le corps était admis à passer le lac de son nome natal. Les parents quittaient aussitôt le deuil, rappelaient les vertus du mort et, au milieu des applaudissements de la foule, suppliaient les dieux infernaux de l'admettre dans le séjour réservé aux hommes de bien.

En somme, c'était un véritable procès fait à la mémoire et dans lequel la privation de la sépulture servait de sanction pénale. « Rien n'échappait à cette juridiction solennelle exercée au bord de la tombe. Les vices que le législateur criminel avait passés sous silence étaient flétris au seuil de l'éternité (1). »

Tout habitant de l'Egypte pouvait se constituer accusateur : on faisait appel à chacun pour dénoncer les mauvaises actions du défunt. Mais si l'accusation était reconnue injuste, son auteur était condamné à de fortes amendes (2).

Il résulte donc que, devant le Tribunal des Morts, seule la calomnie était punie : on pouvait imputer au défunt des mauvaises actions à condition d'en apporter la preuve. C'était même plus qu'un droit, c'était un devoir.

(1) DIODORE DE SICILE. — Livre 1^{er}, chapitre XCII.

(2) DIODORE. — Livre 1^{er}, chap. XCII, rapporté par THONISSEN, *op cit.*, tome 1^{er}, p. 165.

SECTION DEUXIÈME

Grèce

Rien de semblable au Tribunal des Morts n'existait en Grèce. M. Azard explique ce fait par une théorie ingénieuse. Selon lui, la création de cette juridiction tiendrait à la difficulté que présentait l'écriture chez les peuples anciens de l'Orient. A cette époque et avec des moyens rudimentaires, on ne pouvait songer à écrire l'histoire. Le Tribunal des sépultures, avec sa procédure exclusivement orale, devait satisfaire, par sa rapidité et sa simplicité, aux exigences de la pratique.

Au contraire, en Grèce, par suite de l'invention de l'alphabet, l'écriture fut vite répandue et surtout vite comprise. L'histoire allait se développer en même temps que la poésie écrite et allait devenir une forme nouvelle de la littérature. Dès lors, les tribunaux des morts devenaient inutiles. Pour juger les défunts, il n'était plus nécessaire de réunir une juridiction; un seul homme, un écrivain: l'historien, allait pouvoir éclairer ses concitoyens.

« Mais en même temps qu'on allait remettre ce droit de juger à un seul homme chargé d'éclairer tous les autres, on devait prévoir, pour les réprimer, les excès et les erreurs que son opinion, désormais sans contrôle et sans contrepoids, allait pouvoir commettre, et c'est ainsi que le droit de juger étant accordé à l'historien, le législateur dut le prémunir contre ses propres passions en lui imposant certaines règles et en abordant ainsi pour la première fois le difficile problème des droits de la critique historique (1). »

(1) AZARD. — *Op cit*, p. 16 et suiv.

Ainsi qu'on l'a fait remarquer, Athènes, où le tribunal était si libre, le théâtre si plein de sarcasmes et de licence, Athènes respectait profondément les morts. Si nous en croyons Plutarque, le législateur grec s'était occupé des morts pour protéger leur mémoire contre les injures des vivants. Solon n'avait pas négligé les défunts, tant pour lui ce respect tenait aux mœurs publiques, y maintenait un sentiment pur, moral, élevé. Démosthène, dans son discours contre Lep tine (1), semble même donner le texte exact de l'une de ces lois fort approuvées: « Voici, dit-il, une autre loi de Solon, qui passe pour une des plus belles: on s'interdira la médisance sur un mort, quand même on s'entendrait injurier par ses enfants ».

Malheureusement nous ne possédons aucun renseignement sur la sanction prévue, au cas de violation de cette loi. En existait-il une? Nous ne saurions l'affirmer.

Qu'il nous suffise donc de savoir que la Grèce n'a pas ignoré la question et qu'elle l'a résolue dans le sens de la protection. Ce n'est d'ailleurs pas à cette civilisation qu'il faut demander l'exemple d'une organisation juridique originale, mais plutôt au génie des juristes romains.

SECTION TROISIÈME

Rome

L'importance du problème n'a pas échappé aux Romains; les textes qu'ils nous ont laissés en constituent la meilleure preuve. C'est grâce à ces derniers

(1) Traduction de STIEVENART, p. 146.

qu'on peut affirmer qu'à Rome l'héritier avait le droit, et même le devoir, de venger la mémoire de son auteur des injures qui pouvaient être adressées à celle-ci.

Cette solution n'est plus discutée. Du reste, elle est conforme à l'esprit de la législation romaine tout entière : les héritiers étaient considérés comme les continuateurs du nom, des *sacra privata*, de la personne juridique du défunt. Elle s'explique également par ce fait (et c'est un point sur lequel nous nous permettons d'insister, car il permet de saisir toutes les subtilités de la question) que les Romains, comme la plupart des peuples anciens, ont eu à un haut degré le culte des morts.

Cette tendance était poussée très loin ; les écrivains, surtout les poètes comme Virgile et Ovide, insistent sur les moindres détails et décrivent minutieusement les rites des funérailles ; Cicéron, tout sceptique qu'il ait pu être, en parle avec un profond respect (1). On ne se contente pas de célébrer des sacrifices sur les tombes, on vénère le mort comme une divinité que l'on aime, ou que l'on redoute. Peu importe que, dans sa vie, il ait donné l'exemple de toutes les vertus ou de tous les vices : aussitôt après son décès, il est divinisé, avec cette différence que le méchant, par delà la tombe, conserve ses instincts mauvais et devient un dieu terrible dont il faut apaiser les colères (2).

Ces pratiques s'expliquent par la façon dont les Romains concevaient l'immortalité de l'âme. Selon

(1) *DE LEGIBUS*, XI, 22.

(2) Voir, pour plus de détails, GAHIER (J.) : *De injuriis et famosis libellis*, thèse Rennes 1893, p. 60.

eux, la vie se continuait après le décès dans les mêmes conditions, mais dans un milieu différent. L'âme et le corps passaient dans le tombeau. Le mort conservait les mêmes habitudes, les mêmes besoins que l'homme vivant : il avait soif, il avait faim ; et ces besoins exigeaient impérieusement une satisfaction qui, évidemment, ne pouvait être procurée que par les vivants. En particulier, si ceux-ci ne prenaient pas soin d'élever aux morts un sépulcre, l'âme était vouée à un malheur éternel. Elle errait et se vengeait de l'état où l'impiété des vivants l'avait réduite : elle détruisait les moissons, elle faisait naître des épidémies. Les vivants, et tout spécialement les héritiers, étaient donc intéressés directement au bonheur des défunts. Le culte des morts répondait ainsi, dans la religion romaine, à un double intérêt : l'intérêt domestique et l'intérêt national. Si les morts étaient négligés, ils devenaient, sous le nom Lemures, des dieux malfaisants ; ils exerçaient contre les vivants de terribles représailles et les rappelaient à l'observation de leurs devoirs, en châtiant leur impiété et en les frappant des plus grands malheurs (1).

Ces idées devaient, tout naturellement, amener les Romains d'abord à créer une sorte d'obligation passive universelle, consistant à interdire à tout individu de s'attaquer aux morts et de troubler leur repos, mais surtout à faire de l'héritier le défenseur-né de la mémoire de celui auquel il succède. Recueillant ses biens, il est légitime que l'héritier, ou le bonorum possessor, veille à ce que la mémoire du défunt ne soit pas salie : toute injure dirigée contre elle doit être

(1) Voir sur ce point : FAYOT (J.), *op cit.*, p. 37.

considérée par l'héritier comme l'atteignant lui-même.

C'est parce qu'il y aurait honte, de la part de l'héritier, à permettre l'outrage, que son honneur est en cause : il importe à votre honneur, lui dit la loi romaine, que ce cadavre qui vous appartient reste sans injure, que cette mémoire qui passe sur votre tête demeure intacte. Tel est le sens du texte que nous a transmis Ulpien : « Et si forte cadaveri defuncti fit injuria, cui heredes bonorumve possessores existimus, injuriarum nostro nomine habemus actionem : spectat enim ad existimationem nostram si quæ ei fiat injuria. Idemque et si fama ejus cui heredes existimus lacesatur. Quotiens autem funeri testatoris vel cadaveri fit injuria : Si quidem post aditam hereditatem fiat, dicendum est heredi quodammodo factam : semper enim hederis interest defuncti existimationem purgare ; quotiens autem ante aditam hereditatem, magis hereditati et sic heredi per hereditatem adquiri » (1).

Aussi l'héritier a-t-il à sa disposition l'action d'injure pour défendre la mémoire de son auteur. On a beaucoup discuté sur le fondement juridique de cette action ; on a prétendu, notamment, qu'elle était accordée à l'héritier en vertu d'une fiction : l'injure était censée passer par dessus la tête du défunt, à qui elle était adressée, pour venir se fixer sur celle d'un citoyen qui y était personnellement étranger, l'héritier ou le bonorum possessor (2).

(1) DIGESTE, Livre 47, titre 10 : *De injuriis et famosis libellis*, loi 1, §§ 4 et 6.

(2) GRAND, conseiller à la Cour impériale de Metz. — « Diffamation envers les Morts », dans la *Revue pratique de Droit français*, tome IX, année 1860. GAHIER (Joseph). *Op cit.*, p. 62.

Il est bien certain que c'est en la personne de l'héritier, et non en celle du défunt, que prenait naissance cette action; ce point ne saurait être mis en doute. « Ce n'est pas sur l'intérêt de la mémoire du défunt, c'est sur l'intérêt personnel de l'héritier que cette action s'appuie; ce n'est pas parce que le délit a lésé le premier qu'il y a lieu de la poursuivre: c'est parce que cette lésion rejaillit sur l'autre, et que celui-ci se trouve lui-même blessé (1). »

Mais pour expliquer ce résultat il est inutile de recourir à une fiction. Nous savons pourquoi l'action prend naissance en la personne de l'héritier: parce que c'est lui qui devait venger l'existimatio et que s'il ne le faisait il aurait failli au devoir de pietas.

D'ailleurs la notion juridique de l'injuria, telle qu'elle existait en droit romain, s'opposait à ce qu'un mort puisse être victime d'une injure.

En effet, l'injuria était l'atteinte intentionnelle et injuste à la personnalité d'autrui (2). Or, la personnalité est anéantie par la mort; si bien qu'aucune action ne peut prendre naissance sur la tête d'un défunt: s'il y en a une, elle naît en la personne de l'héritier.

Il y a pourtant un cas où l'action d'injure existe malgré le défaut d'héritier: nous voulons parler de l'hypothèse d'une hérédité jacente.

(1) FAUSTIN-HÉLIE.

(2) MOMMSEN (Th.). — *Manuel des Antiquités romaines*, tome XIX (1907), p. 94.

Tout ce qui est contraire au droit et qui est fait en vue d'offenser quelqu'un est rangé sous le terme collectif d'injurioe.

Dans un sens plus restreint, l'injuria est toute atteinte portée soit à la personne, soit à la dignité ou à la réputation d'autrui: on lui donne alors le nom de « contumelia ».

Pour plus de détails, voir: PHILIPPOTEAUX (Henri): *Des Injures et du Libelle-diffamatoire en Droit Romain*, Thèse, Lille, 1890.

On sait que les Romains rangaient les héritiers en deux catégories : d'une part, les héritiers nécessaires qui ne pouvaient refuser la succession et qui n'avaient aucun acte à faire pour l'acquérir ; d'autre part, les héritiers volontaires ou externes, qui étaient libres d'accepter ou de refuser la succession et qui, eux, devaient faire une manifestation de volonté s'ils voulaient l'acquérir. Au cas où le défunt ne laissait que des héritiers volontaires et tant que ceux-ci ne s'étaient pas prononcés, l'hérédité était jacente : *hereditas jacet*.

Pour le droit romain, cette hérédité jacente n'était pas un bien sans maître : elle avait un titulaire fictif qui était, non pas le futur héritier ainsi que l'avaient préconisé certains auteurs suivis par l'article 777 de notre Code civil, mais le défunt lui-même, qui était censé se survivre jusqu'à l'adition : « *Ex persona defuncti vires assumit* » (1).

Si bien que lorsqu'une injure était adressée à la mémoire d'un mort, entre son décès et l'adition de sa succession, elle était regardée comme faite à l'hérédité. Dans ce cas, l'*actio injuriarum* faisait partie de la succession et s'acquerrait avec elle (2).

Par cette brève étude, on voit que dans tous les cas la mémoire des morts était efficacement protégée par le Droit romain.

Pourtant un point a fait l'objet d'une controverse : lorsque l'héritier refusait la succession, renonçait-il

(1) DIGESTE L. 1, 1, 33, 2.

ULPIEN dit encore : *Hereditas non heredis personam sed defuncti sustinet*, Dig. L. 1, 1, 34.

(2) ULPIEN. — L. 1 § 6. — Dig. De injuriis, 47, 10.

V. DULAC (L.). — *De la Vengeance privée chez les Peuples anciens et de sa Transformation en action*, Thèse (Droit romain). Lyon, 1884 (65 pages).

par là même à toute solidarité avec le défunt et à toute idée de vengeance ? Certains auteurs répondent par la négative et invoquent à l'appui de leur opinion un argument d'analogie tiré du fait que le fils renonçant pouvait intenter l'*actio sepulcri violati* (1). L'assimilation nous paraît difficile à admettre, car l'*actio sepulcri violati* diffère profondément de l'action d'injure.

La première était donnée en cas de dégradation matérielle du tombeau ; or, la sépulture, à Rome, était une *res religiosa*, si bien que sa violation constituait un sacrilège et pouvait être poursuivie par tout citoyen : elle avait un caractère populaire (2).

L'*actio injuriarum*, au contraire, n'était octroyée que lorsque le défunt — et non son sépulcre (3) — avait subi un outrage, par exemple lorsque sa mémoire avait été attaquée dans un écrit ou dans un discours : cette action était individuelle et nécessitait, pour être exercée, un intérêt particulier qu'on ne

(1) VOET. — *Comment. ad Pandect.*, lib. X LVII, titre 10, n° 5.

COURTEL. — *Essai sur la Diffamation*, thèse Paris, 1873, p. 45.

(2) « *Haec actio popularis est* ». ULPEN, L. 3 p. 12; dig. de Sépul. viol.

(3) M. GAHIER nous rapporte une controverse qui s'était élevée à Rome, à propos de la distinction de l'*actio sepulcri violati* et de l'*actio injuriarum* et des cas où l'une devait être employée de préférence à l'autre :

« Il est d'usage à Rome, et il en est encore de même en Italie, d'élever sur la tombe la statue du défunt : si le coupable, au lieu de jeter des pierres sur le sépulcre comme le prévoit le texte, a mutilé cette statue, est-il passible de l'*actio sepulcri violati* ou de l'*actio injuriarum* ? Labéon semble dire qu'il devra être poursuivi par l'*actio injuriarum*... Nous croyons avec Pothier qu'on doit faire une distinction. Si la statue est scellée dans le sépulcre de manière à ne faire avec lui qu'un seul et même monument, nous refusons l'*actio injuriarum* pour accorder l'*actio sepulcri violati*; si, au contraire, la statue n'est que posée sur la tombe à la façon de ces blocs de marbre qui ornent aujourd'hui encore le Campo-santo de Gênes ou celui de Bologne, nous croyons que l'injure s'adresse au défunt et non à son sépulcre, et qu'il y a lieu par là même, à l'*actio injuriarum*. »

GAHIER, *op cit.*, p. 62.

pouvait rencontrer chez l'héritier renonçant, puisqu'il ne continuait ni la personne du défunt, ni les *sacra privata*.

Dans ces conditions, il nous semble qu'on ne peut hésiter à suivre la majorité des auteurs pour refuser l'*actio injuriarum* à l'héritier renonçant (1).

Si la mémoire des morts a été protégée par la législation romaine, les droits de l'histoire ne furent pourtant pas méconnus. Autant les lois sont sévères quand elles s'adressent aux diffamateurs de profession ou aux pamphlétaires à gages, autant il est des accommodements quand elles s'appliquent aux historiens (2). Jamais Tite-Live ni Tacite ne furent inquiétés par les descendants de ceux dont ils avaient dépeint les crimes et les bassesses; ils n'eurent jamais à répondre, devant un tribunal, de leurs attaques violentes, souvent inspirées par un étroit esprit de parti, contre certains personnages que l'histoire a réhabilités depuis longtemps. Ainsi que le fait remarquer M. Accarias, tout prouve que les Romains savaient concilier la rigueur de leurs principes avec les droits supérieurs de l'historien.

(1) En ce sens : GAHIER, FABREGUETTES, HEURTEAU, GRELLET-DUMAZEAU, MORIN, PHILIPPOTEAUX.

(2) Le théâtre semble avoir connu un régime plus sévère qui s'explique par l'atmosphère d'hostilité et de mépris dans laquelle il vivait. Il était interdit aux auteurs de nommer sur la scène le nom d'un personnage vivant et, si nous en croyons certains auteurs, Domitien aurait puni de mort une allusion à son divorce.

V. Maurice MEYER. — *Des atellanes*. — *Essai sur le Théâtre latin*, cité par Max BUTEAU; *Le Droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*, thèse, Paris, 1909, p. 43 et 44.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT

A la suite des invasions barbares, une grande partie des bienfaits de la civilisation romaine disparurent sous l'influence des conquérants et c'est une régression qu'il nous faut ici constater.

Les lois qui suivirent cette période troublée de notre histoire se soucient peu de réprimer les attaques à l'honneur des individus, encore moins songent-elles aux morts.

La loi salique, l'une des seules lois barbares qui se soit occupé de punir l'injure, laisse la mémoire des défunts hors de son champ d'application. Glasson (1) nous rapporte les exemples d'injures qu'on trouve dans cette loi : aucun n'a trait à notre question.

C'est seulement en janvier 1561 qu'un édit de Charles IX vint punir la publication et la vente de tous libelles diffamatoires contre l'honneur et la renommée des personnes. Cette disposition fut reproduite par l'ordonnance de Moulins (article 77).

Jousse nous donne la définition du libelle diffamatoire : « On entend par libelle diffamatoire toute composition par écrit faite contre l'honneur de quelqu'un, et que l'on répand à cet effet dans le public. Ce crime est très grave ; parce que c'est une espèce d'homicide que d'attaquer la réputation et l'honneur de quel-

(1) GLASSON. — *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, 1889, tome III, p. 562.

qu'un, qui souvent sont plus chers que la vie même. Il y a une grande différence entre les injures verbales et les libelles diffamatoires, en ce que les injures verbales sont le plus souvent l'effet d'un premier mouvement au lieu qu'un libelle diffamatoire est une injure réfléchie et méditée et qui est, par conséquent, beaucoup plus criminelle » (1).

Muyart de Vouglans nous dit également que l'injure par écrit « est sans contredit, de toutes les injures, la plus grave de sa nature, en ce qu'au lieu que les autres peuvent n'être que l'effet d'un premier mouvement et ne laisser que des impressions passagères qui peuvent aisément s'effacer avec le temps, celle-ci, au contraire, suppose nécessairement une malice réfléchie qui laisse des traces subsistantes sur le bien le plus précieux de la vie civile et dont la perte est la plus difficile à réparer, qui est l'honneur » (2).

Aussi notre ancien Droit faisait-il la distinction entre l'injure par paroles et l'injure par écrit, pour réprimer plus sévèrement cette dernière (3). Nous ne devons pas nous étonner que l'article 99 de l'arrêt du Conseil du 28 février 1723 vise exclusivement l'injure écrite : « Ceux qui imprimeront, vendront des livres ou libelles contre la religion, la pureté des mœurs..., l'honneur et la réputation des familles et

(1) JOUSSE. — *Traité de la Justice criminelle de France*, 1771, tome III, partie IV, titre XXIV, sect. VI, des libelles diffamatoires.

(2) MUYART DE VOUGLANS. — *Les Lois criminelles de France*, Paris, 1780, livre 3, titre VII, chap. 3, § 2.

(3) Voir également MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, tome VI, Vo Injure : « les injures qui ont lieu par écrit sont ordinairement plus graves que celles qui se font verbalement par la raison que « Verba volant, scripta manent ».

des particuliers, seront punis suivant la rigueur des ordonnances ».

Ce texte était donc applicable non seulement chaque fois que l'injure visait un individu, mais aussi aux cas où elle atteignait la famille elle-même. Pouvait-il être invoqué pour réprimer l'injure dirigée contre la mémoire des morts ?

Il faut reconnaître que l'incrimination d'injure, telle qu'elle était prévue par notre ancien Droit, n'était pas incompatible avec une telle extension.

« Le mot d'injure, pris dans toute son étendue, signifie toute offense faite au prochain, soit dans sa personne, soit dans son honneur, ou dans ses biens, quel que soit le motif qui donne lieu à cette offense.

« Ainsi, dans ce sens, le rapt, l'adultère, l'homicide, le vol, etc., sont des injures. Mais l'injure a un sens plus déterminé, et tel qu'on l'entend ordinairement, est une offense faite au prochain par un motif de mépris et dans le dessein de l'insulter. On peut même faire injure à un mort, comme quand on attaque sa mémoire; il en est de même lorsqu'on viole les cendres d'un défunt, ou qu'on détruit son tombeau [crime de violement de sépulchre] (1). »

Muyart de Vouglans nous le dit expressément : « Cette injure se commet aussi contre les morts, de même que contre les vivants, comme lorsqu'on insulte à leur mémoire par des diffamations calomnieuses » (2).

Mais il était de règle dans notre ancien Droit que l'action civile en réparation d'une injure ne pouvait

(1) JOUSSE. — *Op. cit.*, tome III, partie IV, titre XXIV, sect. I : De l'injure en général.

(2) MUYART DE VOUGLANS. — *Op. cit.*, livre 3, titre VII. chap. I.

être poursuivie que par celui-là même qui avait reçu l'injure. Cette action s'éteignait, notamment, par le décès de celui qui avait fait l'injure ou de celui à qui elle avait été adressée. « La raison pour laquelle elle ne passe point à l'héritier de l'injurié c'est que dans cette espèce d'action il s'agit moins de réparer un dommage reçu que de venger un affront; celui qui est mort sans se plaindre est censé, par son silence, avoir remis l'offense qui lui a été faite (1). »

Néanmoins il y avait des cas où un tiers était en droit de se plaindre d'une injure : c'était chaque fois que, bien que ne lui ayant pas été adressée personnellement, elle rejaillissait sur lui. Ainsi un mari pouvait poursuivre la réparation de l'injure faite à sa femme, un père celle adressée à son enfant... Plus généralement, et par application des dispositions de l'article 99 de l'arrêt du Conseil de 1723 que nous avons rapporté, lorsque l'injure faite à un individu offensait la famille tout entière, il était permis à chacun de ses membres d'en poursuivre la réparation (2).

Jousse nous cite l'exemple suivant : par arrêt du 12 janvier 1582, une femme qui avait appelé un particulier « ladre » et « race de ladre » fut condamnée à se dédire en jugement en présence des parents de l'injurié et ordonné qu'elle déclarerait et reconnaîtrait la famille exempte de tout soupçon de lèpre et qu'elle se repentait d'avoir dit et proféré telles injures contre l'honneur de cette famille (3).

Nos anciens auteurs devaient être ainsi amenés à accorder l'action d'injure aux héritiers chaque fois

(1) JOUSSE. — *Op. cit.*, section IV, n° 150, 11°.

(2) En ce sens, MERLIN. — *Op. et loc. cit.*, p. 116.

(3) JOUSSE. — *Op. et loc. cit.*, section IV, n° 150, 9°.

que l'offense faite à la mémoire d'un défunt rejail-
lissait sur eux. Mais ils firent mieux encore : sous l'in-
fluence des souvenirs des institutions romaines, ils
décidèrent que les héritiers étaient atteints par toute
injure adressée au mort : c'était poser une présomp-
tion établissant, une fois pour toutes, la solidarité qui
existe entre l'honneur des défunts et celui de leurs
successeurs.

Domat, sur ce point, est catégorique : « Si l'insulte
est faite au cadavre, à la mémoire ou au sépulcre
du défunt, l'héritier est en droit d'en demander la
réparation ; parce que c'est, en quelque manière, l'at-
taquer lui-même que d'insulter à la mémoire de celui
à qui il a succédé et qu'il représente » (1).

En présence de termes aussi affirmatifs, on ne peut
mettre en doute la solution ; du reste, des applica-
tions pratiques de cette théorie nous sont parvenues :
« Les héritiers d'une personne contre laquelle on au-
rait vomi des injures après sa mort, en pourraient
aussi poursuivre la réparation, comme il a été jugé
par arrêt du 15 mai 1598, rapporté par Bouvot (tome
II, V^o Injure, question 33). La raison est que l'hon-
neur du mort rejail- lit sur ceux qui le représentent ;
c'est un bien héréditaire qui donne du relief à une
famille » (2). Jousse nous parle également de cet
arrêt de 1598 et il en cite un autre, du 22 août 1738,
qui aurait confirmé une sentence portant réparation
à la mémoire d'un défunt, injurié après sa mort.

Quelques auteurs modernes (3) prétendent que

(1) DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel, supplément au
Droit public, livre 3, titre XI, n^o 7.

(2) Claude-Joseph DE FERRIÈRE. — *Dictionnaire de Droit et de Pratique*,
1771, tome 2, V^o Injure, p. 28.

(3) Notamment : GRAND, *Op. cit.* ; AZARD, *op. cit.*, p. 24.

cette solution ne constituait qu'une juste compensation, puisque notre ancien Droit connaissait les procédures criminelles envers les morts. La législation qui permettait de faire des procès aux défunts se devait, dit-on, de protéger ceux-ci contre les injures des vivants.

A ce propos nous nous permettrons la remarque suivante : que notre ancien Droit ait admis les procédures contre les morts, nous ne le contestons pas ; mais ces procès mettaient en cause les défunts eux-mêmes et non pas leurs héritiers ; nous n'en voulons pour preuve que ce fait : la sentence s'exécutait non sur la personne des représentants du mort, mais bien sur le cadavre s'il existait encore (1) ou, s'il n'avait pu être conservé, sur une effigie. Ceci prouve que c'était la personnalité même du défunt qui était intéressée au procès. Au contraire, en cas d'injure faite à la mémoire, l'héritier agit non pas au nom du mort et pour défendre l'honneur de celui-ci, mais bien en son nom personnel pour venger son propre honneur qui est présumé atteint : dans un tel procès, la personnalité du mort n'est pas mise en cause. Une seule personne est lésée : c'est l'héritier ; c'est lui qui poursuit la réparation de l'offense qui est présumée lui avoir été faite.

Il y a donc une différence fondamentale entre les deux hypothèses qu'on veut rapprocher et il nous paraît difficile de regarder l'une comme étant la contre-partie de l'autre. En réalité ce sont deux institutions tout à fait distinctes.

(1) POTHIER prescrivait de conserver le cadavre en le salant ou en l'embaumant. *Œuvres posthumes de la Procédure criminelle*, section VI, art. 2, § 3.

Retenons de tout ceci que la mémoire des défunts était très efficacement protégée par notre ancien Droit puisque, par suite d'une présomption, l'injure adressée à un mort était regardée comme faite à ses héritiers et, comme telle, pouvait être poursuivie par ceux-ci.

CHAPITRE III

CODE PÉNAL DE 1810 ET LOI DE 1819

La Révolution française, brisant avec la tradition ancienne, ne craignit pas d'abolir toutes les règles antérieures dont l'ensemble aboutissait à un véritable asservissement intellectuel : elle ouvrit, pour la Presse, une ère nouvelle.

Dans sa séance du 24 août 1789, l'Assemblée Nationale adopta le texte présenté par M. de Larocheffoucauld et qui devint l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire librement. Sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

La Constitution du 3 septembre 1791 autorisa le pouvoir législatif à établir des peines contre les actes qui, attaquant ou la sécurité publique ou le droit d'autrui, seraient nuisibles à la société.

On peut dire que le Droit intermédiaire se montra, en cette matière, d'une indulgence exagérée ; seule, la calomnie qui, selon Portalis (1), était la fausse imputation d'un délit, fit l'objet de dispositions législatives.

Aussi un esprit de réaction contre cette liberté abu-

(1) *Rapport au Conseil des Anciens*, 26 germinal an V ; choix des rapports, tome XVI, p. 90.

sive inspira-t-il le législateur de 1810 qui, pourtant, se montra encore bien réservé sur le chapitre de la protection de l'honneur des citoyens.

Le Code pénal de 1810 prévoyait, pour les punir, l'outrage, l'injure et la calomnie, mais ne s'occupait nulle part de la mémoire des morts et des atteintes qu'on peut y porter.

En présence d'une telle situation, on s'est demandé si la disposition relative à la calomnie pouvait être invoquée pour protéger la mémoire des défunts. Il faut certainement répondre par la négative, car ni le texte, ni les travaux préparatoires ne laissent place à une telle interprétation.

La question ne fut jamais soulevée devant les tribunaux, tout au moins en France, car la Cour de Bruxelles eut à la connaître à une époque où les dispositions du Code pénal de 1810 étaient encore appliquées en Belgique. Le 16 février 1827, la Cour décida qu'une interprétation extensive des lois sur la calomnie ne saurait être possible (1).

En résumé, ni le Droit intermédiaire, ni le Code pénal ne soupçonnèrent le problème.

*
**

La Restauration connut plusieurs lois qui, tout en admettant la liberté de la Presse, posèrent des règles plus ou moins libérales. Il fallut attendre l'année 1819 pour trouver un progrès en cette matière, progrès qui fut réalisé par les lois des 17 et 26 mai et du 9 juin 1819, dont les principes, tout au moins dans les grandes lignes, nous régissent encore actuellement.

(1) Bruxelles, 16 février 1827, Dalloz, V^o Instruction criminelle, n^o 104, 3^o.

La loi du 17 mai 1819 prévoyait les délits d'injure et de diffamation, à peu près tels que nous les connaissons encore aujourd'hui. Mais elle était muette sur la protection de la mémoire des morts.

La question devait un jour se poser de savoir en quel sens il fallait interpréter ce silence. « La loi du 17 mai 1819, qui s'est montrée si justement sévère pour la diffamation, qui ne veut pas que, même par la vérité, on déchire la réputation d'autrui, cette belle loi si morale, si nécessaire, n'a-t-elle pensé qu'aux vivants? N'a-t-elle eu de prévoyance que pour eux? Et les morts, dont la mémoire est un culte pour la famille, le bien de toutes les traditions, les a-t-elle, par insouciance ou par oubli, abandonnés aux outrages, aux calomnies du diffamateur? A-t-elle désarmé les héritiers? les a-t-elle condamnés à voir lacérer impunément le souvenir qu'ils vénèrent, pourvu que l'injure ne s'adresse pas à eux? (1). »

Les auteurs et les tribunaux étaient divisés et la controverse ne prit fin qu'avec la loi qui l'avait provoquée. Sans vouloir rappeler tous les détails de cette célèbre question qui opposa, durant de longues années, l'interprétation des Cours d'appel à celle de la Cour de Cassation, indiquons-en du moins les grands traits (2).

Un point n'était pas discuté : les héritiers de celui dont la mémoire a été diffamée prétendent-ils que la diffamation leur est commune ou qu'elle renferme contre eux une injure personnelle? Dans ce cas, l'action

(1) PLOUGOULM. — Précité.

(2) Signalons que c'est au cours des discussions qui eurent lieu alors, que se posa le problème de la légitimité de la protection de la mémoire des morts et de la conciliation possible d'une telle institution avec les droits de l'histoire.

leur est ouverte devant les tribunaux de répression et doit être accueillie s'ils justifient que le diffamateur a eu l'intention de leur nuire.

Peuvent-ils encore agir s'ils se plaignent seulement de diffamations et d'injures adressées à la mémoire du défunt sans justifier — sans même alléguer — qu'une injure ait été dirigée contre eux personnellement ?

L'accès de la justice n'est point fermé aux familles lésées dans un de leurs intérêts les plus chers par la diffamation qui s'attaque à la mémoire d'un de leurs membres. Une large voie est ouverte à leurs réclamations devant la juridiction civile. Sans être gênées par les règles étroites et rigoureuses établies par les lois pénales, elles peuvent invoquer, dans toute sa latitude, le grand principe d'équité formulé par l'article 1382 du Code civil : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Pour réussir dans cette voie, le demandeur devait rapporter une double preuve : d'abord celle du préjudice qui lui était causé, ensuite celle d'une faute de la part du défendeur. Cette dernière était constituée soit par le caractère mensonger des faits allégués, soit par la légèreté avec laquelle ils avaient été accueillis et rapportés.

La pratique nous offre plusieurs exemples de ce moyen de droit.

En 1848, l'un des descendants du marquis d'Espinau Saint-Luc, ayant relevé des injures pour la mémoire de son ancêtre dans le roman intitulé *La Dame de Monsoreau*, assigna Alexandre Dumas père devant le Tribunal civil de la Seine. Celui-ci, puis la Cour de

Paris, estimèrent qu'on ne pouvait mettre aucune faute à la charge du romancier et déboutèrent le marquis.

C'est également par suite de l'absence de faute que les tribunaux acquittèrent un auteur dramatique que poursuivaient les héritiers du maréchal de l'Isle-Adam (1).

Le plus connu de ces procès est celui qu'intentèrent à un éditeur les héritiers du prince Eugène, à propos des Mémoires du général Marmont, duc de Raguse. Le Tribunal civil de Paris accueillit la demande, constata une faute par suite du caractère mensonger des imputations diffamatoires dirigées contre le prince Eugène et condamna l'éditeur le 25 juillet 1857 (2). La Cour de Paris confirma le jugement le 17 avril 1858 (3).

Jusque-là tout le monde était d'accord. Mais les opinions se divisaient lorsqu'on parlait de l'exercice de l'action civile devant les tribunaux répressifs. On sait que cette action n'existe qu'autant qu'elle a pour base un délit entraînant la compétence des juridictions criminelles. Le principe qui veut que satisfaction soit donnée aux intérêts privés ne suffit plus pour autoriser la poursuite. Il faut rechercher si le fait d'où résulte le préjudice est compris dans les incriminations de la loi pénale.

C'est ainsi qu'on en arrivait à cette question précise : la loi de 1819 considère-t-elle la diffamation en-

(1) Tribunal civil de la Seine, 2 août 1877 (*France judiciaire*, 1876-1877, 2^e partie, p. 724).

(2) Tribunal civil de la Seine, 25 juillet 1857 (*Gaz. des Tribunaux* du 25 juillet).

(3) Cour d'appel de Paris, 17 avril 1858 (D. P. 1860, 2, 109).

vers la mémoire des morts comme constituant un délit ?

Deux écoles aux tendances opposées s'affrontaient sur ce point. Il nous faut analyser brièvement les arguments présentés par chacune d'elles.

Les partisans de l'application de la loi de 1819 à notre hypothèse (1) raisonnaient ainsi : que la loi de 1819 ne parle pas des défunts ne signifie pas qu'elle repousse la protection de leur mémoire. Une règle de tout temps acceptée est que la disposition de la loi ne doit pas être restreinte aux objets qu'elle embrasse littéralement et qu'il faut la généraliser d'après sa raison d'être. C'est l'appliquer sainement que de l'étendre à tous les cas auxquels s'adapte le motif qui l'a dictée.

Même dans la loi pénale, dont on ne peut trop respecter le texte et les limites, il y a autre chose que ce qu'elle dit expressément ; il y a aussi ce qu'elle a voulu dire, ce qui est conforme à son esprit, ce qu'elle a nécessairement entendu.

Or, quelle est la raison d'être de la loi de 1819, quel est son esprit ? Cette loi a voulu prévenir les haines, les vengeances qui vont si aisément jusqu'au sang. Aussi l'on peut dire que cette loi est, par excellence, une loi de paix, de bon ordre, nous dirions pres-

(1) Parmi eux on peut citer : BERTIN, *Le Droit* du 26 avril 1860 ; CARNOT, *Commentaires du Code pénal*, tome 1, p. 309, tome 2, p. 226 ; DUPIN, *op. cit.*, p. 276, et conclusions sous Cass. crim. 24 mai 1860, précité ; GARNIER-DUBOURGNEUF, *Code de la Presse*, p. 98 et suiv. ; DE GRATTIER, *Commentaire sur les Lois de la Presse*, tome 1, p. 176 ; MANGIN, *Action publique*, tome 1, n° 127 ; MASSOL, *De la Diffamation envers les Morts*, dans le *Journal de Droit criminel*, 1865 ; ROUSSET, *Code général des Lois sur la Presse*, 1869, n° 1127 ; VALETTE, *Le Droit*, des 26 décembre 1862 et 30 janvier 1867.

que une loi de charité et qu'aucune n'est plus pénétrée de l'esprit du christianisme (1).

Si cette loi refuse une action en justice et une réparation légale aux héritiers, elle renvoie les familles à la vendetta des temps de barbarie. C'est ce qu'exprimait M. le Conseiller Plougoulm lui-même : « Que cette loi me dise : « Je vous protège, vous, parce que vous « vivez, mais votre père mort n'est rien pour moi. « Sa mémoire appartient à ses ennemis comme à « vous », alors, Messieurs, oh ! alors — vous me pardonnerez de le dire dans cette enceinte, dans ce sanctuaire de la loi, ou plutôt vous le dites avec moi — alors j'en appelle à moi-même, autrement je serais un lâche, j'aurais déserté la mémoire de mon père, et je le demande à M. le Procureur général lui-même, le sage promoteur de l'utile jurisprudence sur le duel, l'épée qui, dans la main du fils, venge la mémoire du père, lui paraît-elle encore le fer de l'assassin ? ».

Il serait donc faux de prétendre que la paix publique, troublée par la diffamation envers les vivants, ne sera pas mise en péril par la diffamation envers les morts.

D'ailleurs, défendre la mémoire de ses proches est de droit naturel : il n'est donc pas besoin que la loi particulière commande ce devoir ; si elle veut le modifier, le restreindre, c'est à elle à parler. Ce n'est pas une permission, une autorisation qu'il faut demander ici, c'est une prohibition. Trouve-t-on dans la loi de 1819 cette disposition : « La diffamation est interdite à l'égard des vivants, elle est permise à l'égard des morts et nul ne vengera leur mémoire » ? La loi ne

(1) PLOUGOULM. — Précité.

peut jamais révolter la nature, la blesser dans ses sentiments les plus intimes, les plus délicats. Puisqu'elle n'a rien dit c'est qu'elle n'a pas voulu l'exclure, car, encore une fois, elle avait devant elle un sentiment tout naturel, qu'il fallait enchaîner. On conçoit le silence si le législateur n'a pas pensé à exclure le cas qui nous occupe, mais on ne le comprend pas avec l'intention de l'exclure, surtout quand c'est en matière si grave.

Que dit la loi du 17 mai 1819, relativement à la diffamation ? L'article 13 dispose : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne... est une diffamation ».

La loi ne distingue pas les vivants et les morts ; elle emploie le mot « personne », qui est générique : il désigne tout être qui a revêtu la personnalité humaine, qu'il vive ou qu'il soit mort. Ce mot répond à celui d'individu, qui est aussi général et qui se rencontre quelquefois dans la loi. Ne dit-on pas : une personne morale ? ce qui prouve que la langue du Droit n'entend pas par ce mot que les vivants.

Les morts ne sont-ils pas des personnes ? La loi abandonne-t-elle l'homme quand il a cessé de vivre ?

Les articles 358 et suivants du Code pénal, qui traitent de la violation des tombeaux, ne sont-ils pas rangés parmi les délits contre les personnes ? Il y a là autre chose qu'un mot employé par mégarde : il y a une qualification intentionnelle. Ce n'est point une atteinte matérielle à un monument que le législateur a voulu réprimer dans l'article 360, puisqu'il s'agit là d'un délit contre la personne. Ce n'est point la pierre ou le marbre qu'il a voulu protéger, c'est l'honneur

des morts, c'est leur droit au respect, c'est leur mémoire qui plane sur leurs tombeaux et qui les rend inviolables et sacrés.

Faut-il encore rappeler, outre l'article 360 du Code pénal, les dispositions des articles 727, 955, 1046 et 1047 du Code civil, de l'article 614 du Code de commerce et des articles 443 et suivants du Code d'instruction criminelle ?

Mais il y a plus : l'article 5 de la loi du 26 mai 1819 ne dit-il pas que « ...dans les cas de diffamation ou d'injure... contre tout particulier, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la partie qui se prétendra lésée ». Le législateur prévoit donc le cas où l'individu diffamé se trouverait dans l'impossibilité de porter plainte par suite d'absence, de démence ou de mort et attribue alors à ceux qui représentent sa personne le droit de livrer à l'action publique le diffamateur. Pour porter plainte, la loi n'impose qu'une condition : se prétendre lésé. Est-ce que l'héritier, même quand la diffamation, par un adroit calcul, l'a laissé en dehors, lorsqu'elle a voulu aiguïser par son éloge le trait lancé à la mémoire du mort, est-ce que cet héritier n'a pas le droit de se dire lésé ? Il l'est dans ses souvenirs, dans ce qu'il aime et ce qu'il respecte, sentiments que la mort n'altère pas. N'est-ce donc pas assez ? D'ailleurs, en raison de la solidarité qui lie tous les membres d'une même famille, l'honneur du mort et celui des vivants se confondent ; porter atteinte au premier entraîne nécessairement un dommage pour les autres : quelle réputation n'est diminuée par l'outrage qui s'adresse à la mémoire d'un père dé-cédé ?

L'homme ne laisse-t-il, à sa mort, que des biens ma-

tériels, des biens appréciables seulement par leur valeur intrinsèque et l'utilité dont ils peuvent être aux usages de la vie ? Le fils qui succède à son père n'est-il donc héritier que de sa maison, de ses domaines, de ses effets de commerce ou de son argent ? N'est-il pas de son sang ? N'est-il pas avant tout le continuateur de sa personne, le successeur universel de tous les droits qui résidaient en lui ? Cette succession morale, cette succession intellectuelle, à quoi peut-on mieux l'appliquer qu'à l'honneur du défunt, à sa réputation, à sa considération personnelle ?

D'ailleurs le principe de transmission des droits et actions du défunt à l'héritier est général et ne peut recevoir d'exception que là où il a plu au législateur de le modifier, en déclarant formellement que l'action serait purement personnelle et ne serait pas transmissible, ou ne le serait que sous certaines conditions (article 336 du Code pénal pour l'adultère, article 317 du Code civil pour le désaveu de paternité, article 957 du Code civil pour la révocation des donations, article 1047 du Code civil pour la révocation du testament).

Qu'on n'objecte pas que l'extension de la loi de 1819 aux diffamations dirigées contre la mémoire des morts va à l'encontre des droits de l'histoire. L'historien — nous entendons le véritable historien, celui qui cherche, qui fouille avant d'écrire, qui n'écrit qu'avec conviction et conscience — celui-là n'a rien à craindre : il peut paraître, la tête haute, devant le juge car il n'y a point de délit de diffamation sans intention de nuire. Quant au libelliste, au pamphlétaire, au collecteur d'anecdotes qui, ne reculant pas devant les licences scandaleuses, l'assaisonnement,

l'appât pour la malignité publique, que ceux-là craignent la loi de 1819 : l'héritier pourra les attaquer ; nul mal à cela, du bien au contraire, car ce n'est pas à ces écrivains que personne veut assurer l'impunité.

Telle était dans ses grandes lignes la première des deux thèses en présence.

Les partisans de l'opinion opposée (1) répondaient ceci :

Déduire du silence de la loi de 1819 qu'elle a entendu faire un délit de la diffamation envers les morts, nous paraît excessif. Lorsque la loi se tait, le juge doit s'arrêter, sans jamais pouvoir l'étendre au delà de ses termes, ni suppléer à son silence par les inspirations de l'équité et à l'aide d'arguments par analogie, qui ne sont admissibles que pour l'interprétation des lois civiles.

On insiste sur ce que présentent d'immoral les attaques dirigées contre la mémoire des défunts. Que de semblables attaques blessent la morale, nul ne le conteste. Les motifs invoqués par nos adversaires sont

(1) CHASSAN. — *Traité des Délits et Contraventions de la parole, de l'écriture et de la Presse*, 1837, T. I, p. 603.

DEMOLOMBE. — T. XXXI, n° 682.

FABREGUETTES. — T. II, n° 1339.

FAUSTIN-HÉLIE. — *Traité de l'Instruct. criminelle* T. II, p. 362.

GILBERT. — S., 1860. I. 657.

GRAND. — *Revue pratique*, T. IX, p. 305.

GRELLET-DUMAZEAU, T. I, n° 93.

HÉROLD. — *Revue critique*, T. IX, p. 573.

LE SELLYER. — *Act. publique et privée*, T. I, n° 264.

MORIN. — *Journal de Droit criminel*, 1860, p. 216.

PAILLART. — p. 13.

ROYER, D. P. 1860, I, 201.

SOURDAT. — T. I, n° 65 (édit. 1872).

TIMBAL (J.). — *Des Délits dirigés contre les restes mortels et contre la mémoire des Morts*, thèse de licence, p. 110.

TRÉBUTIEN. — T. II, p. 30.

VILLEY. — S. 1880, I, 137.

infiniment respectables. Ils seraient à leur place dans l'exposé des motifs d'un projet de loi, mais ils sont déplacés lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi positive. Cette loi ne punit pas tout ce qui blesse le sentiment moral : des faits très immoraux ont été omis à dessein dans la nomenclature de la législation pénale, parce que ses auteurs, statuant en vue de l'intérêt social, ont jugé qu'à ce point de vue il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à en autoriser la poursuite.

Le silence de la loi de 1819 nous paraît donc voulu. Du reste, avant la promulgation de cette loi, le Code pénal ne prévoyait que la calomnie ; personne n'a jamais songé à étendre cette incrimination à la protection de la mémoire des morts. Or, M. de Serre, dans l'exposé des motifs de la loi de 1819, a déclaré que « le but de la loi n'est pas d'innover, mais uniquement de recueillir dans les lois pénales les actes déjà incriminés ».

Aussi comprend-on que le législateur n'ait pas eu besoin de repousser expressément le délit de diffamation envers la mémoire des morts : son silence sur ce point suffisait.

Quant à l'argument tiré des dispositions du Code civil, du Code de commerce et du Code d'instruction criminelle, il se retourne contre ceux qui l'invoquent ; en effet, quand la loi a cru devoir disposer en faveur de la mémoire des morts, elle l'a fait par des textes précis et positifs, comme tous ces articles le démontrent. Si donc elle ne s'est point expliquée ici, c'est qu'elle n'a pas eu la pensée que nos adversaires lui prêtent ; dès lors, il n'est pas permis de suppléer à son silence.

Du reste, le voudrait-on que les termes mêmes employés par la loi nous l'interdiraient.

Comment peut-on dire que l'expression « personne » s'applique indistinctement aux vivants et aux morts ? Le sens de ce mot est fixé dans le langage des lois et surtout des lois criminelles. Les personnes sont les êtres capables de posséder des droits ; la personnalité finit avec la mort. Le mot « considération » est plus exclusif encore : on a du respect pour la mémoire des morts, mais on n'a de la considération que pour les vivants.

D'ailleurs, s'il est un fait dont la criminalité soit subordonnée à la condition qu'il affecte une personne vivante, capable de le ressentir et de s'en plaindre, c'est bien l'injure et la diffamation.

L'interprétation qu'on veut nous donner de l'article 5 de la loi du 26 mai 1819 ne repose sur aucune base sérieuse ; rien ne nous permet de croire que le législateur a prévu l'hypothèse où le diffamé serait dans l'impossibilité de porter plainte. Car s'il en était ainsi, il faudrait décider que chaque fois que la diffamation atteint une personne vivante qui garde le silence, ses enfants sont recevables à exercer des poursuites de leur chef ! Cette interprétation ne saurait être admise : elle est en contradiction avec l'esprit de la loi, qui exige la plainte de la personne diffamée. Celle-ci peut pardonner : elle peut craindre le scandale et sa conscience peut lui dire que le silence est plus sûr que l'éclat. C'est elle seule qui peut apprécier l'opportunité d'une poursuite (1).

(1) Le doute fut levé par la loi du 25 mars 1822, dont l'article 17 exigeait « la plainte du particulier qui se croira diffamé ou injurié ». Or, par hypothèse, l'héritier ne se plaint que d'une attaque dirigée contre la mémoire de son auteur sans invoquer une offense personnelle à son égard.

Par suite de la solidarité de famille, l'héritier souffre dans ses affections, mais peut-on dire qu'il soit « lésé » au sens que la loi prête à ce mot ? Il ne l'est certainement pas, car autrement il pourrait invoquer une diffamation indirecte à son égard, mais alors nous sortirions des limites de notre hypothèse.

L'héritier est bien le continuateur de la personne du défunt et, comme tel, il jouit des droits et actions de son auteur. Mais encore faut-il que ces actions existent au moment de la transmission du patrimoine. Le défunt ne peut transmettre un droit qu'il n'a pas ; or, étant diffamé après sa mort, il ne peut, à l'ouverture de sa succession, faire passer à son héritier l'exercice d'une action qu'il n'a jamais eue. L'argument *a contrario* tiré par nos adversaires des dispositions des articles 336 du Code pénal, 317, 957 et 1047 du Code civil n'a donc aucune valeur puisque chacun de ces textes vise l'hypothèse où l'héritier a trouvé l'action dans la succession de son parent. Au contraire, en matière de diffamation envers un défunt, la loi n'avait pas à intervenir pour retirer à l'héritier un droit qu'il n'a pu trouver dans la succession de son auteur : aussi comprend-on son silence sur ce point.

Enfin, on invoquait ce dernier argument : si la loi de 1819 a fait — ainsi que vous le prétendez — de la diffamation envers la mémoire des morts un délit, elle a dû prévoir les conditions de la répression et édicter des dispositions spéciales en ce qui concerne le droit de plainte. Certains points ont dû être précisés : en cas de renonciation à la succession, l'héritier est-il privé de son droit de défendre l'honneur de son auteur ? En cas de pluralité d'héritiers, lequel agira ?

Est-ce le plus proche en degré? Jusqu'à quel degré l'héritier pourra-t-il se prétendre en droit d'agir? En cas de désaccord sur la conduite à tenir, si l'un veut poursuivre la diffamation et l'autre ne le veut pas, auquel des deux donnera-t-on la préférence?

Ce sont autant de questions dont l'importance ne peut échapper à personne et dont il est indispensable de connaître la solution. Or, que trouvons-nous dans la loi à cet égard? Rien! Ainsi, le législateur aurait laissé à l'interprète le soin de préciser de tels points? C'est peu probable: s'il n'a rien dit, c'est plutôt parce qu'il n'a pas admis le délit de diffamation envers la mémoire des morts.

Quant aux droits de l'histoire, l'interprétation que vous faites de la loi les lèse gravement, quoique vous disiez. En effet, vous prétendez que l'historien digne de ce nom ne tombera pas sous le coup de la loi, car il n'a pas l'intention de nuire. Or, dites-vous, il n'y a pas de délit sans intention de nuire.

Cette affirmation est exacte, mais que faut-il entendre par intention de nuire? Est-il nécessaire que le mobile déterminant, que la cause impulsive de l'action soit le désir de nuire à autrui? Nullement; il suffit que l'agent ait fait volontairement ce qu'il savait devoir nuire. Il répugne à la raison que celui qui accomplit volontairement un acte qu'il sait devoir causer à autrui un dommage quelconque, matériel ou moral, puisse venir dire ensuite qu'il n'a pas eu l'intention de nuire.

Mais alors l'historien qui divulgue un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération agit en connaissance de cause et se rend, ainsi, coupable de diffamation. Nous avons donc raison lorsque nous préten-

donc que l'extension que vous préconisez retire toute liberté et toute sécurité à l'historien.

Voilà, en résumé, les arguments des deux écoles entre lesquelles la doctrine était divisée.

Sans vouloir insister plus qu'il ne convient sur cette controverse, disons néanmoins qu'il nous paraît impossible de soutenir sérieusement que la loi de 1819 réprimait à la fois la diffamation envers les vivants et les injures dirigées contre la mémoire des morts.

Bien que, selon nous, les deux infractions soient identiques, nous estimons que le texte qui prévoit l'une ne peut pas être étendu à l'autre. La répression des attaques envers la mémoire des morts nécessite, à cause des questions d'opportunité que nous avons signalées (1), un régime spécial qui ne peut être créé que par la loi. Donc, faute d'une disposition spéciale, la diffamation dirigée contre les défunts ne saurait constituer un délit pénal.

Les partisans de l'application de la loi de 1819 aux injures et diffamations envers les morts étaient certainement animés des meilleures intentions : révoltés par la lâcheté des attaques contre les défunts, ils ne pouvaient concevoir que la loi positive ne les ait pas punies. Guidés par la pensée que le respect dû aux morts est de droit naturel, ils ont cherché les textes qui leur paraissaient les plus aptes à assurer une répression. Aveuglés par cette hantise, ils ont interprété la loi de 1819 sans s'apercevoir qu'ils en dénaturaient le sens et l'esprit.

On se rend compte, aujourd'hui, que cette contro-

(1) V. supra, p. 17 et suiv.

verse a été considérablement grossie à l'époque et que la querelle a été alimentée, semble-t-il à plaisir, avec des arguments qui, logiquement, n'y avaient pas leur place.

*
**

Il nous reste à étudier les solutions données par les tribunaux. Elles sont relativement nombreuses et reflètent assez exactement les divergences de vues que nous avons relevées parmi la doctrine. Si, en général, les tribunaux et les Cours d'appel n'admettaient pas le délit de diffamation envers la mémoire des morts, par contre la Cour de Cassation était de l'avis opposé. Cette dernière eut à se prononcer en de maintes occasions et chaque fois elle se décida en faveur de l'application de la loi de 1819 aux attaques dirigées contre les défunts.

Nous ne pouvons étudier les péripéties de cette lutte entre les tribunaux et la Cour suprême, ni étudier chaque espèce dans ses moindres détails. Nous nous bornerons à rappeler les affaires les plus importantes et les plus intéressantes.

Par suite des personnalités qu'elles ont mis en cause, la plupart d'entre elles ont joui d'une célébrité qui s'est perpétuée jusqu'à nous.

Nous citerons d'abord le procès intenté à Martainville, rédacteur du *Drapeau blanc*, par la veuve du maréchal Brune, quelques mois seulement après la promulgation de la loi de 1819. Devant la Cour d'Assises de la Seine, M. l'avocat général de Broë fit remarquer très justement que, si la loi offrait une lacune,

on ne pouvait cependant pas la combler en s'appuyant sur des considérations morales ou sur des analogies. Conformément à ces conclusions, Martinville fut acquitté (1).

Quelques années plus tard, les héritiers du procureur général La Chalotais poursuivirent le journal *l'Etoile* qui, prétendaient-ils, avait gravement atteint la mémoire de leur auteur. Le tribunal correctionnel renvoya le journal des fins de la poursuite, « attendu que les termes employés par les articles 13 et 16 de la loi du 17 mai 1810 ne peuvent s'appliquer qu'à l'honneur et à la considération dont une personne et dont un fonctionnaire public a besoin actuellement et pendant sa vie, et ne peuvent s'étendre à l'outrage fait à la mémoire des morts; que la loi n'a pu confondre dans la même expression deux faits bien différents par leur nature, leur gravité et l'action qui peut en résulter; d'autant moins que le fait et l'expression d'outrage à la mémoire d'un défunt est reconnu et consacré dans la loi civile... (2) ».

Mais l'espèce la plus connue de toutes est, sans nul doute, celle dans laquelle on vit les héritiers de Mgr Rousseau citer devant la première chambre de la Cour de Paris, jugeant correctionnellement, Mgr Dupanloup, évêque d'Orléans et membre de l'Académie française.

Voici, en quelques mots, cette célèbre affaire, d'après les renseignements que nous avons trouvés

(1) Cour d'Assises de la Seine, 18 août 1819 (*Moniteur* du 19 août).

(2) Tribunal correctionnel de la Seine, 19 avril 1826 (D. P. 1860, 1, 201, en note).

sous la plume de M. Henri Lalou, qui l'a complètement étudiée jusque dans ses moindres détails (1).

En 1859, parut à Paris une brochure intitulée *Le Pape et le Congrès*, dans laquelle son auteur présentait une thèse qui tendait à réduire considérablement, sinon complètement, le pouvoir temporel du Pape.

Mgr Dupanloup présenta alors une réfutation sous la forme de *Lettre de Mgr l'Evêque d'Orléans à un catholique sur la brochure*: « Le Pape et le Congrès ». Une polémique s'engagea entre l'évêque et le journal *Le Constitutionnel* qui, finalement, lui rappela la mansuétude dont avait fait preuve, sous le Premier Empire, Mgr Rousseau.

L'évêque d'Orléans répliqua au *Constitutionnel* par une lettre dans laquelle il portait des appréciations particulièrement sévères sur Mgr Rousseau. « Sur tout cela, Monsieur — disait-il notamment — je suis condamné à vous dire simplement que Mgr Rousseau ignorait l'histoire, qu'il ignorait plus encore les vrais principes de l'église gallicane et, ce qui est pire, qu'il ignorait l'honneur épiscopal... Il invoquait le grand nom de Bossuet, le nom de Fleury : il ne les avait pas même lus... Mgr Rousseau fut un prêtre respectable, mais dans le sens le plus abaissé du mot, d'un esprit médiocre et d'un caractère plus médiocre encore... J'ai laissé son portrait dans une des salles de mon évêché, et je me le suis reproché quelquefois, lorsque j'entends des Orléanais, quand ils passent devant cette figure, dire à voix basse et en baissant les yeux : « Hélas ! ce fut un bien pauvre homme ! »

(1) On trouvera cette étude particulièrement complète, sous le titre « Les droits de l'Histoire et la Mémoire des Morts », dans la revue *Le Correspondant*, du 10 avril 1932, p. 38 et suiv.

Les héritiers de Mgr Rousseau estimèrent que la mémoire de leur auteur était gravement atteinte et déposèrent une plainte en diffamation contre Mgr Dupanloup. La Cour de Paris, qui se trouvait être compétente à raison de la qualité du prévenu, après avoir entendu les conclusions de M. Chaix d'Est-Ange, procureur général, et les plaidoiries de M^{es} Berryer et Dufaure au nom du prévenu, déclara les héritiers Rousseau non recevables dans leur action. « Considérant, disait-elle, que s'ils ont été cruellement troublés dans leurs sentiments de famille par une discussion à la fois hautaine et ironique de souvenirs qu'ils regardaient comme placés sous la garde même de celui qui les a si durement réveillés, ils sont forcés de reconnaître eux-mêmes que ces violences n'étaient pas dirigées contre eux personnellement; considérant que ces imputations s'adressaient exclusivement à la mémoire de l'ancien évêque d'Orléans, qu'ainsi la cause présentant à décider uniquement la question de savoir si la diffamation d'un mort est prévue et punie par nos lois, il y a lieu de la résoudre négativement... (1) »

Un pourvoi dans l'intérêt de la loi fut formé contre cet arrêt par le procureur général près la Cour de Cassation, sur l'ordre du Garde des Sceaux. Conformément au rapport du conseiller Plougoum et au réquisitoire du procureur général Dupin, la Cour de Cassation, le 24 mai 1860 (2), estima que la Cour de Paris avait faussement interprété la loi de 1819 et cassa l'arrêt du 19 mars 1860.

(1) Cour de Paris, 19 mars 1860, sous Cass. crim. 24 mai 1860 (D. P. 1860, 1, 201).

(2) Cassation crim., 24 mai 1860, au D. P. 1860, 1, 201, avec le rapport du conseiller Plougoum, les conclusions du procureur général Dupin et la note de M^e Royer.

La Cour de Cassation persévéra dans cette voie : quelques années plus tard, un arrêt des Chambres réunies vint briser la résistance des Cours d'appel.

Voici dans quelles circonstances il intervint : un sieur Coron avait dit, en présence de la dame Peltier, que le père de celle-ci avait commis des faux alors qu'il était notaire. Poursuivi pour diffamation envers la mémoire d'un défunt, Coron fut relaxé par le tribunal correctionnel de Fougères. Sur appel de la dame Peltier, le jugement fut confirmé par la Cour de Rennes. La Cour de Cassation fut saisie d'un pourvoi formé contre cet arrêt. La Chambre criminelle, le 23 mars 1866, fit droit aux motifs invoqués et renvoya l'affaire devant la Cour d'Angers. Mais celle-ci se prononça dans le même sens que la Cour de Rennes. Un nouveau pourvoi fut formé contre cette décision ; la Cour de Cassation, toutes Chambres réunies, et après délibération en chambre du conseil, cassa, le 1^{er} mai 1867 (1), l'arrêt de la Cour d'Angers.

C'est par application de cette interprétation que la Cour de Cassation, le 5 juin 1869 (2), rejeta le pourvoi qui avait été formé contre un arrêt de la Cour de Lyon (3).

Cet arrêt avait condamné le gérant du journal *La Marionnette*, dans lequel avait paru un article diffamatoire pour la mémoire d'un ancien préfet du Rhône.

Enfin la Cour de Cassation affirma encore sa théo-

(1) Cassation, Ch. réunies, 1^{er} mai 1867, au D. P. 1867, 1, 129 avec le rapport du conseiller Quénault et les conclusions du procureur général Delangle.

(2) Cassation crim., 5 juin 1869 (D. P. 1870, 1, 233).

(3) Cour d'Appel de Lyon, 11 décembre 1868 (D. P. 1869, 2, 74).

rie à deux reprises : par arrêt en date du 24 mai 1879 (1), elle admit que le journal *Le Siècle*, qui avait soutenu que Napoléon III avait disposé illégalement d'un certain nombre d'hectares de forêts, s'était rendu coupable du délit de diffamation envers la mémoire des morts. Bien mieux, le 27 mai 1881 (2), elle reconnut aux enfants naturels le droit et le devoir de défendre le nom que leur a attribué l'acte de reconnaissance et la mémoire de celui qui le leur a transmis.

En présence de décisions aussi nombreuses (3) et aussi nettes, le doute n'est plus possible : à l'inverse de ce que décidaient les tribunaux, la Cour de Cassation considérerait que la diffamation envers la mémoire des morts pouvait être punie dans les mêmes conditions et en vertu des mêmes textes que la diffamation envers les vivants.

Nous avons déjà formulé notre opinion sur une telle interprétation des dispositions légales (4) : elle constitue, à nos yeux, une extension abusive de la loi. Il est bien certain que le législateur de 1819 n'a pas voulu réprimer les attaques contre les défunts : il n'a même pas soupçonné la question. Mais appartenait-il à la Cour suprême de parachever l'œuvre du législa-

(1) Cassation crim., 24 mai 1879 (D. P. 1879, 1, 273).

(2) Cassation crim. 27 mai 1881 au S. 1883, 1, 41 (avec la note de M. Edmond Villey).

(3) On cite encore d'autres arrêts, notamment : Paris, 11 juillet 1836 (D. P., 1837, 2, 65, S. 1838, 2, 50); Paris 14 août 1839 (aff. Casimir Perrier, au D. P. sous Cass. 24 mai 1860 précité), Seine 26 janvier 1859 (*Gaz. des Trib.* des 27-29 janv. 1859); Metz, 11 août 1859 (*Journal du Palais*, 1860, p. 617). Nous avons négligé à dessein ces décisions, car elles ont été rendues à la requête d'héritiers qui se plaignaient non seulement de la diffamation commise envers leur auteur mais encore d'une diffamation personnelle à leur propre égard. Cette hypothèse n'a jamais présenté de difficultés; elle est différente de celle que nous envisageons.

(4) V. supra, p. 66 et 67.

teur, de suppléer à son silence? Le principe de l'interprétation stricte — toujours de règle en matière pénale — ne s'y opposait-il pas?

On ne peut expliquer, sinon justifier, la solution de la Cour de Cassation que par ce fait que — ainsi que nous l'avons déjà dit en maintes circonstances — les injures et les diffamations envers les morts ne diffèrent pas, par leur nature, des injures et des diffamations envers les vivants. Dans l'un comme dans l'autre cas, ce sont toujours des atteintes à l'honneur ou à la considération d'une personne.

Or, en matière pénale, le juge est lié par le principe, non pas de l'interprétation restrictive comme on le dit à tort, mais de l'interprétation littérale. C'est-à-dire qu'il lui est permis d'appliquer une disposition légale à des hypothèses que le législateur n'a pas prévues, pourvu que cette extension ne soit pas interdite par les termes de la loi et aussi par son esprit. C'est ce que le conseiller Plougoulm exposait à ses collègues: « L'interprétation du juge ne peut créer ni délit, ni peine. Mais, pour la loi pénale elle-même, il y a l'imprévu; il y a ce que n'a pas indiqué le législateur et ce qui était pourtant dans les limites, dans le cercle de sa pensée; subvenir à ses imprévoyances, combler les lacunes de la loi, c'est là votre œuvre de tous les jours; et quelquefois elle est empreinte d'une hardiesse salutaire devant laquelle vous ne reculez pas ».

L'interprétation donnée par la Cour de Cassation était peut-être salutaire, nous ne le nions pas. Mais elle était singulièrement hardie: c'est le moins qu'on puisse en dire!

La solution de la Cour de Cassation souleva de violentes critiques; néanmoins, pendant de longues années, aucune disposition législative n'intervint pour la blâmer ni pour l'approuver. Il ne faudrait, cependant, pas croire que les lois relatives à la Presse faisaient défaut: vers 1880, on ne comptait pas moins de quarante-deux lois, décrets et ordonnances, renfermant trois cent vingt-cinq articles, qui réglementaient la matière.

En 1881, le législateur voulut faire cesser la confusion qui se dégageait de cette multitude de textes, faire table rase et créer, enfin, une loi unique qui constituerait un véritable code de la Presse.

En présence de la fameuse controverse que nous venons de rappeler, il était logique qu'il songeât à notre question. Pourtant le projet primitif de la loi de 1881 passa encore sous silence la diffamation envers la mémoire des morts. Cette omission fut réparée par la Commission du Sénat, dont le rapporteur, M. Pelletan, exposa les considérations justificatives des dispositions qui forment l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881, sous l'empire de laquelle nous vivons encore aujourd'hui.

DEUXIÈME PARTIE

Solution de la loi positive française contemporaine

L'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 (1), tel qu'il a été complété par la loi du 29 septembre 1919 (2), est ainsi conçu : « Les articles 31, 32 et 33... [relatifs à l'injure et à la diffamation envers les vivants]... ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux, ou légataires universels vivants.

« Que les auteurs des diffamations ou injures aient eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants, ceux-ci pourront user, dans les deux cas, du droit de réponse prévu par l'article 13. »

De ce texte, il résulte que, désormais, les héritiers peuvent utiliser les incriminations d'injure et de diffamation pour poursuivre ceux qui s'attaquent à la mémoire de leur auteur. Des peines peuvent donc être prononcées contre ceux qui répandent des imputations de nature à nuire à la réputation laissée par les défunts.

(1) Loi du 29 juillet 1881, au D. P. 1881, 4, 65.

(2) Loi du 29 septembre 1919, au D. P. 1921, 4, 7.

Il va de soi que cette condamnation pénale peut s'accompagner d'une condamnation civile, consistant soit à verser des dommages-intérêts aux héritiers, soit à faire disparaître de leurs ouvrages les passages dif-famatoires ou injurieux.

Cette réparation est assurée, conformément au droit commun de l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle, par l'exercice de l'action civile accessoirement à l'action publique.

Mais, ainsi que nous le verrons par la suite, la réussite de l'action publique est subordonnée à l'existence de certaines conditions; aussi, bien souvent, les héritiers renonceront-ils à déclancher des poursuites, qui risquent fort de ne pas aboutir. Ils ne se trouveront pas, pour autant, démunis de toute voie de droit: ils ont toujours la ressource, ainsi que l'a affirmé M. Lisbonne, rapporteur de la loi devant la Chambre, d'invoquer l'article 1382 du Code civil.

Enfin, le droit de réponse, cette arme défensive créée par la loi du 25 mars 1822, est à la disposition des héritiers, lorsque ceux-ci prouvent que sont remplies certaines conditions qu'il nous appartiendra de préciser.

Ainsi, il apparaît que pour mener à bien une étude complète des dispositions renfermées dans l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881, il est indispensable d'examiner successivement, chacun dans un chapitre distinct, les trois points suivants:

- 1° La responsabilité pénale;
- 2° La responsabilité civile;
- 3° L'exercice du droit de réponse.

A première vue, l'étude du droit de réponse pourrait trouver sa place immédiatement après le chapitre consacré à la responsabilité pénale.

Mais la nature de ce droit de réponse est assez singulière. « Droit de légitime défense, l'appellerons-nous plus loin pour le justifier, mais c'est là une dénomination générale et surtout morale, car au sens strictement juridique, la légitime défense n'est pas un droit, mais plutôt une tolérance dont le particulier use si la loi est incapable de le défendre efficacement ou à temps voulu. Est-ce une peine imposée au journaliste ? Nous ne le croyons pas non plus, bien que cette qualification soit employée souvent ; car toute peine suppose une action répressive, élément généralement étranger à l'exercice du droit de réponse. Cette peine, en outre, comme on l'appelle vulgairement au sens philosophique du mot, n'intervient qu'ensuite du refus d'insertion du gérant, contrairement donc au grand principe absolu selon lequel une peine juridiquement ne peut être subordonnée à l'arbitraire du particulier, comme c'est le cas ici.

« L'insertion de la réponse n'est donc pas une peine mais plutôt, croyons-nous, une réparation civile rendue obligatoire par la loi et dans l'intérêt public sanctionnée pénalement. Cette réparation civile a encore ceci de particulier que ses ayants droit n'ont à prouver aucun préjudice matériel ou moral (1). »

Nous sommes assez disposé à adopter cette manière de voir. Aussi avons-nous préféré faire passer l'étude du droit de réponse après celle de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile.

(1) EXHENRY (A.). — *Le Droit de réponse en matière de Presse dans les législations d'Europe*, thèse Berne 1929, p. 15.

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ PÉNALE

En général, cette question a été, sinon mal étudiée, du moins mal comprise. La faute n'en est pas uniquement aux interprètes, mais elle doit être recherchée dans la loi elle-même. Pendant les travaux préparatoires de la loi de 1881, M. Lisbonne avait mis en garde les députés contre « ce texte [l'article 34] dont l'application pratique est de nature à donner lieu aux plus sérieuses difficultés et aux décisions les plus contradictoires » (1). Le législateur ne tint aucun compte de ce sage avertissement et nous dota d'un texte amphibologique, laissant place aux interprétations les plus fantaisistes. En présence de la controverse qui ne manqua pas de naître à ce sujet, nous devons analyser avec soin l'article 34 de la loi de 1881, en vue d'essayer de rétablir son véritable sens. Notre première tâche consistera donc à établir si, oui ou non, la diffamation ou l'injure envers la mémoire des morts constitue un délit : cette recherche, accompagnée de l'exposé des conséquences pratiques que peuvent avoir l'une ou l'autre solution, fera l'objet de notre première section.

Mais il ne suffit pas de démontrer l'existence d'un délit, il faut encore en analyser les éléments constitutifs et établir, avec précision, les conditions de sa

(1) Rapport à la Chambre, cité par CELLIEZ et LE SENNE, Loi de 1881 sur la presse, p. 663.

répression. Or, le délit de diffamation ou d'injure envers la mémoire des morts s'apparente étroitement au délit de diffamation ou d'injure envers les vivants. Aussi, au cours de cette étude, considérerons-nous que les principes généraux et les règles fondamentales en matière de délits contre l'honneur et la considération des personnes sont connus. Nous nous bornerons donc à examiner les dérogations apportées au droit commun relativement aux atteintes à la mémoire des morts (1) : c'est à cet exposé que nous consacrerons notre deuxième section.

Enfin, dans un court appendice, nous rechercherons si, en matière d'attaques dirigées contre les défunts, seules les injures et les diffamations sont punies par la loi pénale.

SECTION PREMIÈRE

Fondement de l'action des héritiers et conséquences pratiques

La loi de 1881 était loin d'avoir fait cesser toute controverse au sujet des atteintes à la mémoire des défunts. Elle laissait la question entière ou, plutôt, ne faisait que la déplacer : elle obligeait les auteurs et les tribunaux à se demander si les héritiers étaient autorisés à se plaindre d'une attaque qui lésait uniquement la mémoire d'un mort. On était

(1) Pour n'avoir plus à y revenir, disons tout de suite que la disposition de l'article 35, relative au sursis, ne saurait trouver son application lors d'une instance engagée en vertu de l'article 34 ; l'article 35, § 4, prévoit le cas où la personne diffamée fait l'objet de poursuites judiciaires : cette hypothèse ne peut se rencontrer ici, puisque le sujet de la diffamation est un mort.

d'accord pour admettre qu'ils le pouvaient dans certains cas; mais alors agissaient-ils au nom du défunt ou en leur propre nom? Quel était exactement le fondement juridique de leur action? Puisaient-ils leur droit dans la lésion causée à la mémoire de leur auteur ou, au contraire, dans le préjudice porté indirectement à leur propre honneur?

Telles étaient les questions que posait le texte légal; les réponses étaient contradictoires, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

§ 1^{er}. — *La Doctrine*

Pour les uns, les héritiers ne peuvent poursuivre le diffamateur que s'ils sont eux-mêmes atteints par les attaques dirigées contre le défunt: c'est le droit commun de la diffamation et il n'y a pas, à proprement parler, de délit de diffamation envers la mémoire des morts.

Pour les autres, la loi de 1881 a créé un nouveau délit: lorsque les héritiers agissent c'est, non pas en vertu d'une diffamation indirecte, dont ils sont victimes, mais pour venger la mémoire de leur auteur.

Voyons sur quels arguments reposaient ces deux thèses:

M. le Garde des Sceaux, dans une circulaire du 9 novembre 1881 (1), précisait la portée de l'article 34 en ces termes: « ...La loi n'autorise les héritiers à poursuivre les imputations diffamatoires ou

(1) On la trouvera rapportée au D. P. 1881, 3, 106.

injurieuses dirigées contre leurs auteurs, qu'autant que les diffamateurs auront eu l'intention de porter atteinte à leur propre considération. Elle repousse donc entièrement la diffamation envers les morts. La réserve qu'elle fait au profit des héritiers ne consacrer pas un droit nouveau ; elle aurait été inutile à formuler s'il n'avait fallu écarter les solutions antérieures de la jurisprudence. L'action n'est, en effet, dans ce cas, que l'action personnelle de l'héritier diffamé. »

Cette interprétation s'inspirait d'un passage du rapport de M. Pelletan au Sénat, où il était dit, notamment : « Votre Commission n'admet le délit de diffamation des morts qu'autant qu'elle passe par dessus leur tombe pour aller frapper des vivants. La loi n'a plus alors des ombres de personnes, elle a des personnes réelles qui ont pu subir un dommage et qui ont droit à une réparation. Tel est le sens de la disposition additionnelle que nous avons l'honneur de vous proposer (1) ».

Quelques auteurs (2) s'autorisèrent de ces interprétations officielles pour affirmer que la diffamation envers la mémoire des morts ne constitue pas un délit. Si elle est punissable dans certains cas, disaient-ils, c'est parce que le diffamateur a voulu atteindre les héritiers et qu'il est parvenu à ses fins. Ceux-ci agissent en leur nom personnel et non pas au nom du défunt ; leur action prend sa source, non dans l'atteinte à la mémoire du mort, mais dans la diffamation indirecte dont sont victimes les vivants.

Mais, s'il en est ainsi, quelle est l'utilité de l'ar-

(1) Rapport Pelletan, cité par BARBIER, 2^e édit., n^o 546.

(2) Parmi eux nous citerons : BARBIER, 1^{re} édit., tome II, p. 87 ; FABREGUETTES, tome II, p. 481 ; GAHIER, *op cit.*, p. 292.

ticle 34 ? S'il a le sens qu'on lui prête, il ne fait que répéter ce que nous savons déjà, savoir : que toute personne diffamée, soit directement, soit indirectement, a le droit de plainte. Il n'était pas nécessaire de créer un texte spécial pour proclamer une vérité évidente.

A cette objection, le Garde des Sceaux avait répondu par avance dans sa circulaire : « ...La réserve qu'elle fait au profit des héritiers ne consacre pas un droit nouveau, elle aurait été inutile à formuler s'il n'avait fallu écarter les solutions antérieures de la jurisprudence ».

Nous ne nous avouons pas convaincu par ce raisonnement. Il a été combattu par la grande majorité des auteurs et n'a été suivi en jurisprudence que par quelques décisions qui sont restées isolées (1).

En effet, on ne peut admettre que l'article 34 ait eu pour but exclusif de faire cesser la controverse qui divisait jusqu'alors la jurisprudence. Mais, surtout, ce n'était pas en visant uniquement l'hypothèse d'une diffamation indirecte qu'il pouvait parvenir à ses fins.

Nous avons vu, précédemment (2), que, même sous l'empire de la loi de 1819, il y avait un point qui n'était pas discuté ; c'était celui où les héritiers pré-

(1) Voir notamment, Cour d'Agen, 2 décembre 1886 (S. 87-2-32) : « At-tendu que le législateur de 1881 n'a nullement entendu faire de la diffamation des morts un délit spécial distinct de la diffamation ordinaire ; qu'au contraire, en tranchant dans l'intérêt de la vérité historique, une question qui avait soulevé de graves controverses, il a voulu que les imputations dirigées contre la mémoire des personnes décédées ne puissent être punies que dans le cas où, visant leurs héritiers vivants elles constituent, en réalité la diffamation ordinaire : qu'elle n'est punissable que par l'application d'un seul et même texte... »

(2) V. *Supra*, p. 53.

tendent que la diffamation dirigée contre un mort les a atteints par contre-coup. Dans ce cas, ils peuvent certainement agir et ils réussiront dans leur action en prouvant, conformément au droit commun, qu'ils ont été atteints par la diffamation et que l'auteur de l'imputation incriminée a eu l'intention de leur nuire.

Certes, il y a bien une diffamation envers un mort, mais l'héritier peut la négliger puisqu'en invoquant la diffamation indirecte dont il est l'objet il parvient à faire condamner le diffamateur. Ce cas ne présente ni difficulté, ni obscurité : en un mot, il ne pose pas le problème de la répression des attaques envers les défunts. Si c'est celui-là que l'article 34 a entendu viser, il n'a fait cesser aucune controverse, pour la seule raison qu'il n'y en a jamais eue.

L'hypothèse qui faisait l'objet des discussions passionnées que nous avons rappelées, est toute différente ; elle seule est délicate à résoudre : les héritiers se plaignent de diffamations adressées à la mémoire du défunt sans alléguer qu'ils ont été atteints eux aussi. C'est le seul cas où la répression de l'attaque de la mémoire des morts peut soulever des objections : il n'y a, là, qu'une diffamation envers un défunt qui ne constitue pas en même temps une diffamation envers un vivant (1).

Si le législateur a voulu faire cesser les divergences qui étaient apparues (et nos adversaires ne contestent pas ce point puisqu'ils l'invoquent eux-mêmes),

(1) Voir en ce sens : PHILLIPPOTEAUX (H.), *op. cit.*, p. 130 : « la véritable difficulté se présentait uniquement dans l'hypothèse où le fait diffamatoire dirigé contre la mémoire des morts n'attaquait en aucune façon la réputation des membres de la famille ou des héritiers. Au contraire, dans le cas où la diffamation rejaillissait sur ces diverses personnes, elles puisaient dans l'imputation délictueuse pour elles, le droit d'agir ».

il ne peut viser, dans l'article 34, que cette dernière hypothèse : c'est la seule, raisonnablement, qu'il ait pu avoir en vue.

Or, que décide l'article 34 ? Il nous dit que la diffamation dirigée contre la mémoire d'un mort (donc celle qui ne constitue pas en même temps une diffamation envers les héritiers vivants) n'est pas punissable dans tous les cas, mais seulement lorsque son auteur aura agi avec l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers.

Le texte est formel : pour que la répression soit possible, donc pour que le délit soit constitué, il exige — non pas que l'honneur ou la considération des héritiers soit atteint (car la diffamation serait alors réalisée à leur égard) — mais seulement que le diffamateur ait eu *l'intention* de nuire à cet honneur.

Cette interprétation s'explique parfaitement quand on envisage les arguments qui s'affrontaient avant la promulgation de la loi de 1881. Le législateur est intervenu pour concilier les intérêts en présence : il a pensé que, si la protection des morts s'impose, il ne faut pas, néanmoins, que le respect de la mémoire d'un homme enchaîne pour l'éternité la parole des vivants. Tôt ou tard, il arrive un moment où la postérité a le droit de juger : il faut donc assigner à la répression des attaques dirigées contre les défunts, certaines limites. C'est ainsi que le législateur a été amené à poser un critérium : il a jugé qu'il n'y avait vraiment un dommage, un dommage humain, que si l'atteinte, dont est victime la mémoire d'un mort, a été faite dans l'espoir qu'elle se répercuterait sur sa postérité et qu'elle nuirait ainsi à la considération dont jouissent ses héritiers. C'est à leur point de vue

qu'il faut se placer pour apprécier s'il y a un préjudice possible.

D'ailleurs, si la diffamation envers les morts n'est pas un délit pour la loi de 1881, comment se fait-il qu'elle soit punissable lorsque son auteur aura eu l'intention de nuire aux héritiers ? En droit, l'intention de nuire ne peut suffire à elle seule pour constituer un délit : il faut qu'elle s'accompagne d'une atteinte quelconque. Or, ici, dans quelle mesure les héritiers sont-ils atteints ? Par hypothèse, ni leur honneur, ni leur considération n'ont été mis en cause par le diffamateur. Pourtant ils ont une action. Nos adversaires sont fort embarrassés pour expliquer ce mystère juridique, aussi ne s'y risquent-ils pas.

Quant à nous, nous dirons que, si les héritiers sont en droit d'agir, c'est parce qu'ils invoquent une atteinte : celle qui a été faite à la mémoire du défunt. C'est au nom de ce dernier qu'ils intentent l'action, c'est pour venger son honneur qu'ils poursuivent le diffamateur. Nous affirmons que, pour la loi de 1881, il existe bien un délit de diffamation envers la mémoire des morts. Mais cette diffamation ne tombe pas sous le coup de la loi dans tous les cas : elle ne peut être poursuivie que si les héritiers rapportent la preuve que le diffamateur a eu l'intention de leur nuire. Nous nous réservons le soin de préciser ce point ultérieurement. Pour le moment, qu'il nous suffise de dire que les héritiers qui intentent une action en diffamation en vertu de l'article 34 de la loi de 1881 n'agissent pas pour défendre leur honneur en invoquant une imputation qui les atteint indirectement, mais pour venger la mémoire d'un mort des attaques dont elle a été victime.

Le fondement juridique de l'action des héritiers repose sur la diffamation dirigée contre la mémoire de leur auteur et non pas sur une diffamation indirecte dont ils auraient pu être l'objet.

Cette interprétation ne nous paraît souffrir aucune critique sérieuse, ni d'autre objection que celle-ci : comment une diffamation envers un mort peut-elle avoir été faite dans l'intention de nuire aux héritiers de celui-ci sans pourtant constituer une diffamation indirecte à leur égard ?

Pour vaincre cette difficulté, il suffit de rappeler les règles qui président à la répression de la diffamation. Il est évident qu'une imputation diffamatoire dirigée directement et principalement contre une certaine personne peut, en même temps, rejaillir sur l'honneur d'un autre individu et constituer, à l'égard de ce dernier, une diffamation. Cette diffamation indirecte pourra être poursuivie si l'individu qui en est victime parvient à prouver que le fait allégué le concerne, sinon directement, du moins personnellement, ou tout au moins que l'imputation dirigée principalement contre un tiers renferme vis-à-vis de lui le reproche d'avoir participé au dit fait.

Afin de nous faire plus facilement comprendre, prenons des exemples empruntés à la pratique :

Dire que le père de X... était un voleur et que la fortune qu'il a laissée à son fils a été acquise par des moyens malhonnêtes, c'est d'abord commettre une diffamation directe envers le père, mais c'est aussi commettre une diffamation indirecte envers le fils, puisqu'on insinue que ce dernier profite des vols de son père.

Au contraire, on peut imputer à quelqu'un un fait déshonorant sans y associer personne d'autre. Par exemple, prétendre qu'un notaire a commis des faux, qu'un général a compromis telle victoire par sa mauvaise volonté, qu'un sous-préfet est resté coi chez lui pendant la durée des troubles locaux, qu'un écrivain s'est rendu coupable de plagiat, c'est diffamer ces diverses personnes mais non pas leurs héritiers, alors surtout qu'on ne nomme pas ceux-ci. Mais ils ne sont même pas diffamés indirectement : comment pourraient-ils l'être, puisque le fait diffamatoire n'a pu être commis que dans l'exercice de fonctions qui leur sont étrangères ?

Néanmoins, les imputations qui étaient dirigées contre des morts ont pu être répandues dans le but de nuire aux vivants. Par un adroit calcul, et sans nommer les héritiers, un diffamateur peut calomnier les défunts et compter sur la malignité publique pour opérer un rapprochement entre l'ancêtre déshonoré et le descendant, auquel il n'ose s'attaquer de front. C'est la solidarité qui lie les membres d'une même famille qui sera la source du dommage que sont susceptibles d'éprouver les héritiers ; c'est elle qui sera exploitée par des lâches dans des fins inavouables. « Voyez, non celui que le trépas a rendu inaccessible aux injures, mais ceux qui le représentent dans la société. Voici son fils qui regarde, avec raison, comme la plus notable partie de son patrimoine un nom recommandable et un sang dont le blâme n'a point flétri l'origine ; voici sa fille, dont la plus belle dot sera le lustre des vertus paternelles ; voici ses neveux, ses arrière-neveux, tous fiers de voir leurs jours découler d'une source honorable. Que la calom-

nie empoisonne cette source pure et ce qui en est issu risquera d'être altéré (1). »

C'est qu'en effet, quiconque, connaissant désormais l'opprobre qui frappe l'ancêtre, ne pourra se défendre d'y songer, même involontairement, lorsqu'il verra le descendant. Un rapprochement entre l'honneur de l'un et celui de l'autre est inéluctable. Quoiqu'on dise, la faute des pères retombe inévitablement sur les enfants. Quelle réputation n'est diminuée par l'outrage qui s'adresse à la mémoire d'un père décédé ?

Aussi, si la diffamation envers les défunts n'est pas punie, il arrivera fatalement que des lâches, n'osant s'attaquer directement aux vivants, lanceront leurs traits contre le tombeau des morts ; ils useront de ce moyen détourné pour blesser, par contre-coup, les réputations : « Le reptile qui ne peut atteindre les branches, ronge la racine et tout l'arbre périt ».

C'est ce calcul que la loi de 1881 a voulu rendre inutile : parmi tous ceux qui s'attaquent à la mémoire des morts, seuls seront punissables ceux qui auront agi dans l'intention de nuire aux vivants.

C'est ce que M. Pelletan avait dit au Sénat : « Votre commission n'admet le délit de diffamation des morts qu'autant qu'elle passe par dessus leur tombe pour aller frapper des vivants ». M. le Garde des Sceaux s'est mépris sur le sens de ces paroles, puisqu'il en déduisait ceci : « La loi repousse donc entièrement la diffamation envers les morts ». C'est dans cette circulaire ministérielle qu'il faut chercher l'erreur initiale. Son rédacteur n'a pas compris la question : il a mal interprété l'article 34 ; il n'a songé qu'à la dif-

(1) Conclusions de M. DE MARCHANGY, précité.

famation indirecte, sans soupçonner qu'une diffamation, sans atteindre effectivement les héritiers, peut néanmoins être faite dans le but de leur nuire.

La majorité de la doctrine ne fut, heureusement, pas dupe : les auteurs (1), en général, admettent que la diffamation envers les morts constitue bien un délit et que c'est cette atteinte à la mémoire du défunt qui autorise les héritiers à agir.

§ 2. — *La Jurisprudence*

On peut également invoquer l'opinion de la jurisprudence sur ce point ; car il ne faudrait pas croire que c'est une simple discussion d'école à laquelle les tribunaux ne sauraient se mêler. Ce n'est pas seulement une question théorique : les conséquences pratiques en sont importantes, elles apparaissent au double point de vue de la compétence, d'une part ; de la preuve et de la vérité des faits allégués, d'autre part.

On sait que la loi du 29 juillet 1881 a posé une distinction entre les simples particuliers et ce qu'il est convenu d'appeler des fonctionnaires publics (2).

(1) En ce sens : BOUDET, *op. cit.*, p. 50 ; Régis COSTE : « Diffamation envers la mémoire des Morts », dans la *France judiciaire*, 1898, 1^{re} partie, p. 321 ; CARPENTIER : Répert., V^o Diffamation n^o 1053 et suiv. ; DALLOZ : Répert., V^o Presse-outrage, n^o 1016 ; supplément 1922, n^o 852 ; BARBIER : *op. cit.*, 2^e édit., n^o 549 ; FOURCAUD (J.) : *De la Diffamation*, thèse Bordeaux, 1891, p. 155 ; GIRAL (G.) : *Les Droits de la critique artistique, littéraire et historique en présence de la Législation sur la Presse*, thèse Montpellier, 1908, p. 102 ; LE POITTEVIN, *op. cit.*, t. III, n^o 1330, p. 390 ; TIMBAL, *op. cit.*, p. 71 ; VILLEY (Edm.) : note sous Cass. crim., 27 mai 1881 (S. 1883. 1. 41) ; HALLIER, *op. cit.*, p. 138 ; GOYET (F.) : *Précis de droit pénal spécial*, 2^e édit., p. 320.

(2) Voyez l'art. 31 relatif à la diffamation, l'art. 33 pour l'injure. On comprend sous l'appellation de fonctionnaires publics : les membres du ministère, les sénateurs et députés, les fonctionnaires dépositaires ou agents de l'autorité publique, les citoyens chargés d'un service ou mandat public, temporaire ou permanent, les jurés et les témoins. En ce sens : BARBIER, 2^e édit., t. I, pages 456 à 476.

Cette dernière catégorie de personnes jouit d'un régime spécial, en ce sens que les injures et les diffamations dirigées contre elles, à raison de leurs fonctions (1), sont plus sévèrement réprimées que si elles étaient adressées à un simple particulier (2). De plus, le tribunal compétent n'est pas le même dans les deux hypothèses : la Cour d'assises doit connaître le procès lorsque les injures ou diffamations sont dirigées contre un fonctionnaire ; au contraire, s'il s'agit d'un particulier, c'est le tribunal correctionnel qui se trouve compétent (3). Enfin, dans le premier cas, le prévenu est autorisé à rapporter la preuve de la vérité des faits qu'il a imputés au fonctionnaire ; dans le second cas, cette preuve est rigoureusement interdite (4).

Ces questions de pénalité, de compétence et de preuve peuvent se poser dans une poursuite pour diffamation envers la mémoire d'un mort. Pour les trancher, faut-il considérer la personne du mort ou celle de l'héritier ? La jurisprudence est unanime pour décider que seule la qualité du défunt doit être envisagée ; a-t-il été attaqué en tant qu'ancien fonctionnaire ? Si oui, la Cour d'assises sera compétente et la preuve de la vérité des faits pourra être faite, alors

(1) Il faut qu'il y ait une relation entre l'imputation diffamatoire ou injurieuse et les fonctions ou la qualité du fonctionnaire attaqué. Il faut donc examiner avec soin si le fonctionnaire est atteint dans sa vie privée ou dans sa vie publique. De plus, celui-ci peut, laissant de côté les imputations l'atteignant à ce dernier titre, ne poursuivre que celles qui se rapportent à sa vie privée, à condition toutefois qu'elles ne se rattachent les unes aux autres par aucun lien d'indivisibilité.

(2) Comparer les articles 31 (Diff. envers un fonctionnaire), 33, § 1 (injures envers un fonctionnaire), d'une part, avec les articles 32 (diff. envers les particuliers) et 33, § 2 (injures envers les particuliers), d'autre part.

(3) Loi du 29 juillet 1881, article 45.

(4) Idem, article 35.

même que les héritiers sont de simples particuliers (1).

Le tribunal correctionnel de Cahors a statué en ce sens, le 28 avril 1898 (2): « ...Attendu que l'exercice de l'action est subordonnée à une condition spéciale destinée à sauvegarder les droits de l'histoire: que l'auteur ait eu l'intention d'atteindre l'héritier vivant; ...mais attendu que cette réserve, qui porte sur la mise en mouvement du droit, ne change en rien son fondement et que la diffamation doit être appréciée par la justice comme si elle s'était produite du vivant de la personne diffamée, l'examen relatif à l'intention de l'auteur vis-à-vis de l'héritier venant simplement s'ajouter à celui des conditions nécessaires pour constituer le délit ordinaire de diffamation.... Attendu qu'il suit de là que les questions relatives à la compétence et à la preuve doivent être appréciées en considérant non la personne de l'héritier, mais celle de son auteur décédé qui, en réalité, est celui qui a été directement diffamé... Attendu que, s'il en était autrement, il faudrait reconnaître, contrairement aux principes qui sont la base des règles relatives à la compétence et à la preuve, que cette preuve serait admise si le plaignant était fonctionnaire public, alors que son auteur aurait été diffamé comme homme privé... »

En 1900, J. Reinach accusait, dans *Le Siècle*, Henry et Esterhazy de trahison; M^{me} veuve Henry assigna le gérant du journal devant la Cour d'assises de la

(1) Au contraire, s'il s'agissait d'une diffamation indirecte vis-à-vis de l'héritier, c'est la personnalité de ce dernier qui devrait décider des questions de pénalités, de compétence et de preuve. Voir infra, p. 98.

(2) Cahors, 28 avril 1898. *La Loi*, du 2 juillet 1898; *La France judiciaire*, année 1898, 2^e partie, p. 448.

Seine, qui se déclara compétente par arrêt du 3 décembre 1900 (1). La Cour de Cassation ne put donner son avis sur cette question, car la loi d'amnistie du 27 décembre 1900 intervint avant qu'il ait été statué sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'assises par le procureur général près la Cour d'appel de Paris. Néanmoins, nous avons un arrêt de la Cour de Cassation en cette matière. Un ancien adjoint avait été diffamé après sa mort par le journal *La Moselle*; ses héritiers assignèrent le gérant devant le tribunal correctionnel, qui se déclara incompétent. Un pourvoi fut formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy, qui avait confirmé l'incompétence; ce pourvoi fut rejeté par la Cour de Cassation, chambre criminelle, par arrêt du 27 juillet 1912, après délibération en la chambre du conseil: « ...Attendu que l'imputation à la mémoire de la personne morte est l'élément caractéristique et prédominant du délit; que c'est dans cette imputation que l'action pénale reconnue aux héritiers vivants, bien qu'elle ne puisse être exercée que si l'intention de leur nuire est établie, a son fondement juridique; que, dès lors, c'est en considérant la person-

(1) Cet arrêt fut rendu contrairement aux conclusions de M. RAMBAUD, avocat général. On le trouvera rapporté, ainsi que les conclusions, sous Cass. crim., 26 janvier 1901 (D. P. 1901. 1. 284). Voir aussi *Gaz. Pal.* 1900, 2.667 et S. 1901. 2. 55: « Considérant qu'en réalité le délit prévu et réprimé par l'art. 34 est l'imputation dirigée contre la mémoire du mort lui-même, dans le cas où, en même temps qu'elle atteint cette mémoire, elle nuit intentionnellement à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. Que la loi n'admet la diffamation envers les morts que dans ce cas unique, mais qu'elle l'admet expressément, et que, par suite l'imputation à la mémoire d'une personne morte, étant l'élément caractéristique et prédominant du délit défini par l'article 34, c'est en contemplation de la personnalité même du mort qu'il convient en ce cas de qualifier et de caractériser le délit... » Pour être complet citons encore un jugement du tribunal de Saint-Marcellin, du 15 novembre 1905 (*Gaz. trib.*, 1906. 2. 455).

nalité même du mort qu'il convient de qualifier et de caractériser le délit prévu par l'article 34 (1) ».

En présence de termes aussi affirmatifs que ceux employés par nos tribunaux, la question ne peut plus être discutée. Il est bien certain, aujourd'hui, que la diffamation envers la mémoire des morts constitue un délit et que c'est la personnalité du mort qui commande les questions de pénalité, de compétence et de preuve; en un mot, c'est dans l'atteinte à la mémoire du défunt que réside le fondement de l'action des héritiers (2).

§ 3. — *Le délit d'injure envers la mémoire des morts*

Cette interprétation de l'article 34 est conforme à l'esprit de la loi; elle seule permet d'expliquer la disposition relative à l'injure, dans laquelle certains auteurs veulent voir une erreur du législateur.

(1) Cassation criminelle, 27 juillet 1912 (D. P. 1913. 1. 370. *Gaz. Pal.* 1912. 2. 458).

(2) Ce point fut précisé lors des travaux préparatoires de la loi du 29 septembre 1919, qui devait compléter l'article 34. Voici les observations qui furent échangées à ce propos à la séance de la Chambre du 18 février 1915 (*Journal officiel* du 19 février, p. 164) : M. Paul MEUNIER : « Il demeure entendu que l'imputation à la mémoire de la personne morte reste toujours l'élément prédominant et caractéristique du délit, et que les héritiers n'exercent, en pareil cas, que l'action qui aurait appartenu à leur auteur. Il est acquis avec la jurisprudence actuelle, que ces héritiers, nommés, ou non, désignés ou non, dans l'écrit incriminé, peuvent exercer l'action de leur auteur, dès l'instant que le diffamateur a dévoilé la pensée qu'il avait de ne pas atteindre le mort seul, mais de blesser douloureusement les siens, c'est-à-dire la famille en général, et que par là il a renoncé lui-même à l'immunité de la critique historique qui mérite seule la protection de la loi. » M. LE RAPPORTEUR : « Nous sommes tout à fait d'accord. » M. Paul MUNIER : « Il est entendu que la jurisprudence de la Cour de Cassation consacrée par son arrêt caractéristique du 27 juillet 1912, demeure intacte pour l'avenir comme pour le passé. »

M. Dutruc disait (1) : « Quoiqu'il règle les conditions de l'exercice de l'action pour injure, aussi bien que pour diffamation contre la mémoire des morts, l'article 34 exige, dans tous les cas, que le prévenu ait eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. Or, si une telle intention est un élément essentiel à l'incrimination lorsque c'est la diffamation qu'elle a pour objet, il n'en est plus de même quand il s'agit d'injure ». Quant à M. Philippoteaux, il propose, lui, de supprimer purement et simplement le mot « injure » du texte (2).

Ces réflexions prouvent que ces auteurs n'ont pas vu la question : si le législateur exige, dans tous les cas, l'intention de nuire aux héritiers, c'est pour permettre la poursuite des délits d'injure et de diffamation envers les morts. Cette intention de nuire n'est pas un élément du délit mais une condition de la répression : il est donc logique qu'elle soit exigée aussi bien lorsqu'il s'agit d'injure que lorsqu'il s'agit de diffamation. En somme, le délit d'injure est constitué par l'invective adressée à la mémoire du mort, mais il n'est punissable que si son auteur a eu l'intention de porter atteinte aux héritiers (3).

Cette solution, si elle a jamais pu être discutée, est certaine aujourd'hui. L'article 34 primitif renvoyait aux articles 29, 30 et 31. La référence à l'article 29 était superflue, puisque ce texte ne fait que définir la diffamation et l'injure sans édicter de peine ; quant à

(1) DUTRUC, *op. cit.*, p. 128, n° 241.

(2) PHILIPPOTEAUX, *op. cit.*, p. 130 et suiv. : « L'extension fausserait évidemment la pensée du législateur qui, par les mots « porter atteinte à l'honneur et à la considération » a voulu parler de la diffamation ».

(3) En ce sens : GIRAL, *op. cit.*, p. 103 ; TIMBAL : *op. cit.*, p. 74.

l'article 30, il réprime la diffamation envers les corps constitués ; ces personnes morales se divisent en deux classes : les unes, comme les tribunaux ou les administrations, ne peuvent mourir ; les autres sont renouvelables à l'élection, mais on ne peut pas dire qu'elles laissent des héritiers. Si bien qu'il ne peut pas être question d'appliquer aux corps désignés par l'article 30 les règles de la diffamation envers les morts. Ces deux références constituaient une erreur qui, d'ailleurs, s'expliquait facilement par les remaniements successifs apportés au texte primitif par la Chambre et le Sénat. Il serait inutile d'y insister, si certains auteurs n'avaient voulu en déduire des conséquences qui nous paraissent inadmissibles. En effet, ils proposaient de corriger l'erreur de numérotage en remplaçant, dans le texte de l'article 34, la référence aux articles 29, 30 et 31 par celle aux articles 29, 31 et 32 (1). Mais alors l'injure envers les morts n'était plus prévue, puisque le délit d'injure est réprimé par l'article 33.

La loi du 29 septembre 1919 (2) a infligé un démenti à ces auteurs : elle a corrigé l'article 34 de la manière suivante : « Les articles 31, 32 et 33... ».

Ainsi, nul doute n'est plus permis à cet égard : l'injure envers la mémoire des morts, aussi bien que la diffamation, est punie par la loi. Cette disposition constitue la consécration légale des principes que nous avons dégagés de l'article 34, tels qu'ils avaient été admis par la doctrine et par la jurisprudence.

(1) En ce sens : FAIVRE et BENOIT-LÉVY ; FAYOUT, *op. cit.* ; GAHIER, *op. cit.*, p. 298.

(2) D. P., 1921, 4. 7.

Signalons, enfin, que s'il est certain qu'au cas de diffamation ou d'injure envers les morts, c'est la personnalité du défunt qui doit être prise en considération, il n'en serait pas de même lorsque cette attaque n'est que l'accessoire d'une diffamation indirecte à l'égard des vivants.

En effet, lorsque l'offense n'a été dirigée qu'incidemment contre un mort pour rejaillir sur ses héritiers, c'est la diffamation indirecte envers ces derniers qui constitue l'infraction principale. Aussi, dans ce cas, fait-on abstraction de l'atteinte dont est victime la mémoire du défunt pour ne considérer que la personne de l'héritier : c'est elle qui doit décider de la pénalité, de la compétence et de la possibilité de la preuve de la vérité des faits.

C'est tout au moins ce qu'a décidé, dans une affaire célèbre, le tribunal correctionnel de la Seine (1). Emile Zola, qui s'était rangé parmi les défenseurs de Dreyfus, fut pris à partie par Judet, qui se montra particulièrement violent dans les attaques qu'il dirigea contre le romancier et contre le père de ce dernier, qu'il accusa d'avoir été chassé de l'armée pour dilapidations et vols. « Les maladies combinées du talent et du caractère de Zola, disait-il notamment, ne livrent pas encore la clef de sa conduite, le secret de sa chute. A l'origine, il doit y avoir certainement une cause plus profonde, quelque tache sinistre, quelque mystère inouï, quelque fêlure inconnue, quelque honte corruptrice que nul n'a sondée et qui domine implacablement son œuvre impie comme sa vie infâme. Il était juste, inévitable, que Zola ait discerné d'emblée, dans l'armée qu'il

(1) Tribunal correctionnel de la Seine, 3 août 1898 (*Gaz. Pal.* 1898, 2, 253).

déteste, Dreyfus comme l'officier modèle. Il devait aller spontanément, sans effort, à la trahison, comme les pornographes vont à l'aberration, comme les bêtes stercoraires vont au fumier et se délectent dans la pourriture. Un heureux hasard, en m'initiant au déshonneur d'un mort qui appartient à l'histoire, a trahi la source ignorée, la cause profonde, la réelle explication des haines de Zola contre l'armée... J'ai donc diffamé volontairement, froidement, le père de Zola, puisque le fils essaie de prendre sa revanche posthume aux dépens de la France; j'ai crevé l'abcès purulent de la dynastie des Zola... »

A la suite de cet article, Emile Zola assigna Judet devant le tribunal correctionnel, en exposant que s'il avait cru pouvoir dédaigner les attaques dont il était l'objet depuis plusieurs mois, il ne saurait agir de même à propos de diffamations et d'injures adressées à la mémoire de son père. Judet souleva alors l'incompétence du tribunal correctionnel, en prétextant qu'il avait diffamé Zola père en tant qu'ancien officier comptable. Néanmoins, le tribunal se déclara compétent: « ...Attendu que le tribunal doit uniquement se préoccuper, non pas de la pensée qu'a pu avoir la personne diffamée en intentant sa poursuite, mais du véritable but que s'est proposé le diffamateur; que Judet ne relate les faits qu'il impute à Zola père que pour expliquer « le rapport singulier qui « noue la destinée du fils anarchiste à celle d'un père « voleur »... que, dans ces conditions, le tribunal n'a pas à examiner si les imputations dont Zola père est l'objet sont ou non de la compétence de la juridiction correctionnelle; qu'en effet, ces imputations n'ayant été dirigées contre Zola père qu'incidemment, à la

suite d'une longue et violente campagne contre Zola fils... ».

Ce jugement est sujet à critique. Nous estimons que lorsque la diffamation atteint à la fois un mort et son héritier vivant, il y a concours idéal d'infractions. En pareil cas, les principes généraux du droit commandent de poursuivre le délinquant sous la qualification la plus grave. Or, en l'espèce, la diffamation envers la mémoire de Zola père, ancien fonctionnaire public, était plus sévèrement punie que l'offense dirigée contre Zola fils, simple particulier. Dans ces conditions, le tribunal correctionnel aurait dû se déclarer incompetent et c'était à la Cour d'assises à connaître de la poursuite.

SECTION DEUXIÈME

Conditions de la répression

A présent que nous sommes certain que l'injure et la diffamation envers la mémoire des morts constituent un délit prévu et réprimé par la loi pénale, il nous faut étudier à quelles conditions il est punissable et quelles sont les personnes qui peuvent agir.

§ 1^{er}. — *Que doit-on prouver*

L'article 34 dispose que l'injure ou la diffamation envers la mémoire des morts n'est punissable que si le diffamateur a eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants. De ce texte, on peut déduire qu'il y a deux preuves distinctes à faire : d'abord celle d'une injure ou d'une

diffamation envers la mémoire d'un défunt; ensuite, celle de l'intention de nuire aux héritiers.

Ce sont ces deux éléments que nous allons analyser successivement.

Il faut tout d'abord qu'il y ait une injure ou une diffamation envers la mémoire d'un défunt, avons-nous dit. Nous ne voulons pas étudier en détail les éléments constitutifs de ces délits, que nous supposons connus. Rappelons simplement que, pour l'article 29 de la loi de 1881, la diffamation et l'injure sont réalisées lorsqu'il y a :

1° Soit une imputation d'un fait déterminé de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne (diffamation), soit une expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait (injure) ;

2° Une intention coupable, c'est-à-dire au moins la connaissance chez l'auteur de l'imputation, des conséquences préjudiciables qui pourraient en résulter pour la personne diffamée ou injuriée ;

3° Un des modes de publicité prévus par les articles 23 et 28 de la loi de 1881 (1).

Ce sont ces mêmes éléments que nous retrouvons à propos de la diffamation et de l'injure dirigées contre la mémoire des morts ; ils subissent seulement quel-

(1) En ce qui concerne l'injure, l'élément de publicité peut faire défaut : c'est alors une contravention. V. art. 33, § 3.

Dans l'un comme dans l'autre cas, l'injure diffère de la diffamation en ce que la preuve est toujours prohibée, alors même que l'injure aurait été adressée à un fonctionnaire public.

De plus, la provocation est regardée comme une excuse absolutoire du délit d'injure ; au contraire elle ne joue pas en matière de diffamation.

ques modifications venant du fait que le sujet du délit n'est plus une personne vivante mais un défunt.

D'abord l'élément de publicité: c'est évidemment le même dans un cas comme dans l'autre, car il n'y a aucune raison qu'il varie. Le changement de sujet n'a aucune répercussion sur lui.

En ce qui concerne l'intention coupable, c'est encore la simple connaissance du préjudice éventuel; mais, dans ce cas, l'agent se rend compte que c'est la mémoire et non la personne qui en souffrira. Sauf cette légère modification sans importance, l'élément intentionnel est donc celui du droit commun en matière de diffamation: il est présumé et c'est à l'auteur de l'imputation diffamatoire à exciper de sa bonne foi.

Quant à l'imputation elle-même, elle doit être de nature à nuire à la mémoire du défunt, c'est-à-dire à sa réputation. En somme, tout fait qui, s'il avait été divulgué du vivant de la personne, aurait constitué une diffamation, pourra être considéré comme portant préjudice à sa mémoire. Signalons, à ce propos, qu'on peut concevoir une diffamation indirecte à la mémoire d'un défunt: l'imputation n'a pas besoin de viser directement le mort, elle peut résulter d'une diffamation dirigée principalement contre une personne vivante. C'est ainsi que les tribunaux ont admis que le fait de présenter un individu comme enfant naturel peut être considéré, en fait, comme constituant une diffamation indirecte envers la mémoire de la mère, puisqu'on sous-entend que celle-ci a eu des relations irrégulières (1).

En résumé, pour que le délit de diffamation ou d'in-

(1) Cass. crim., 15 novembre 1900 (D. P. 1901. I. 286; S. 1904. I. 111.

jure envers la mémoire des morts soit constitué, il faut prouver que l'agent a rendu publique l'imputation d'un fait de nature à nuire à la mémoire d'un défunt ou a proféré contre elle une injure.

Cette preuve est nécessaire; est-elle suffisante? Non, car nous avons vu que si le délit est constitué, il n'est pas punissable pour autant; l'article 34 impose une autre condition pour que la répression soit possible: la preuve de l'intention de nuire aux héritiers.

En quoi consiste cette intention? Est-ce l'intention générale du droit commun ou l'intention dolosive exigée quelquefois par la loi?

On sait en quoi consiste l'intention générale: elle est légalement caractérisée par la connaissance, chez l'agent du délit, des conséquences préjudiciables de l'acte qu'il accomplit. Il en comprend le caractère nuisible et, néanmoins, il se décide à le faire: il agit volontairement et en connaissance de cause.

Est-ce cette intention que l'article 34 a eu en vue? Ou bien exige-t-il un degré de plus dans la culpabilité? En effet, on peut imaginer que l'agent, tout en connaissant le caractère nuisible de l'acte qu'il accomplit, est animé d'intentions plus ou moins coupables: en agissant, il peut vouloir poursuivre un but qui n'est pas forcément immuable. Tout en connaissant le tort que sa divulgation est susceptible de causer aux héritiers, il peut diffamer le défunt pour obéir à des fins déterminées, qui sont, par exemple, tantôt le rétablissement de la vérité historique ou l'étude des passions humaines, tantôt la méchanceté, la satisfaction d'un ressentiment ou d'une rancune personnelle.

Dans cette dernière hypothèse, l'intention qu'on

rencontre chez l'agent est le dol ; elle s'oppose à l'intention générale.

En principe, la loi ne tient pas compte des mobiles variables qui ont pu décider l'agent : elle se contente de la volonté d'agir en connaissance de cause. Par exception, quelquefois, elle exige — par une disposition expresse — le dol. C'est précisément l'une de ces dispositions que l'on trouve dans l'article 34 : « ...l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers... ».

Pour que la diffamation envers la mémoire d'un mort soit punissable, il ne suffit donc pas que le diffamateur ait eu connaissance du préjudice qu'il pouvait causer aux héritiers, mais qu'il ait agi dans le but de leur nuire, qu'il ait voulu, par méchanceté, les atteindre en s'attaquant à la mémoire du défunt (1).

Nous devons signaler que cette interprétation n'est pas admise par tous les auteurs. Pour certains (2), l'intention exigée par la loi serait la simple connaissance du préjudice. Cette thèse nous paraît difficile à soutenir.

(1) En ce sens : REGIS COSTE : « L'élément essentiel de la poursuite résidera dans la preuve de l'intention malveillante à l'égard des héritiers. La preuve d'une pensée intime, d'une volonté astucieusement et habilement déguisée est donc le point fondamental de la poursuite ».

GIRAL, *op. cit.*, p. 99 et 100 : « Il faut avoir voulu nuire à la situation morale, aristocratique ou électorale de l'héritier visé et avoir obéi à une pensée de haine ou de vengeance. »

TIMBAL (G.), *op. cit.*, p. 71.

(2) AZARD, *op. cit.*, p. 110.

BOUDET, *op. cit.*, p. 60 : « ... c'est la connaissance du préjudice qu'on va causer aux héritiers. »

DALLOZ, *op. et loc. cit.*, supplément 1922, n° 860 : « l'intention de nuire existe dès que les imputations sont de nature à rejaillir sur les héritiers dont le prévenu connaissait l'existence et que celui-ci ne pouvait ignorer quel préjudice il pouvait leur causer. »

FOURNIER, note sous Cass. crim., 29 avril 1897 (D. P. 1899. I. 25).

MEYNIAL, note sous même arrêt au S. 1898. I. 473.

Les termes employés dans l'article 34 nous paraissent exiger l'intention dolosive. De plus, le but poursuivi par le législateur de 1881 doit nous conduire à la même conclusion. En effet, ce qu'on a voulu réprimer c'est, ainsi que le rapporteur l'a dit lui-même : « La diffamation qui passe par dessus la tombe des morts pour aller frapper les vivants » ; ceux qu'il a voulu punir, ce sont les lâches qui, n'osant pas s'attaquer directement aux vivants, s'en prennent à des cendres, ceux qui utilisent la diffamation envers les morts comme une arme qu'ils tournent contre les héritiers ; en un mot ceux, non pas qui *savent* pouvoir nuire, mais qui *veulent* nuire. L'article 34 de la loi de 1881 a été conçu pour réagir contre les conséquences nuisibles du système qu'avait adopté, en l'absence de disposition légale, la Cour de Cassation ; se rendant aux raisons présentées par les adversaires de la solution jurisprudentielle, le législateur de 1881 a compris qu'il devait accorder à l'histoire les franchises sans lesquelles elle ne peut exister.

Or, si l'article 34 devait se contenter, ainsi qu'on l'a prétendu, de la connaissance du préjudice chez le diffamateur, il supprimerait toute liberté et, par la menace qu'il laisserait suspendue sur la tête de l'écrivain, il entraverait la critique historique. En effet, chaque fois que l'historien révèle un fait de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes, il peut facilement se douter qu'il va peut-être, par là-même, causer un préjudice aux héritiers de celui à qui il impute le fait. S'il passe outre à ce scrupule, s'il diffame en connaissance de cause, tombera-t-il sous le coup de l'article 34 ? Oui, disent nos adversaires, car l'intention générale suffit. Non, sou-

tenons-nous au contraire, car autrement l'histoire deviendrait impossible à écrire, et cela, le législateur de 1881 ne l'a pas voulu.

Pour éviter les inconvénients qui résulteraient de leur système, les partisans de l'intention générale ont imaginé une théorie, ingénieuse sans doute, mais certainement peu orthodoxe. Pour eux, lorsqu'il s'agira d'un mort dont la vie modeste n'appartient pas à l'histoire, les héritiers seront dispensés de faire la preuve de l'intention de leur nuire : celle-ci sera présumée. Ce n'est que dans l'hypothèse où leur auteur était un personnage historique que les héritiers devront rapporter la preuve en question et encore, dans ce cas, en seront-ils dispensés s'ils ont été personnellement désignés dans l'article diffamatoire.

On comprend aisément les raisons qui ont poussé les auteurs à créer cette distinction : lorsqu'il s'agit d'un simple particulier, il faut faciliter l'administration de la preuve qui incombe à ses héritiers, tandis qu'il faut la rendre plus difficile lorsque c'est un personnage historique qui a été mis en cause ; car, dans ce dernier cas, il est fort probable que le diffamateur n'a pas voulu viser les héritiers, dont il ignore peut-être l'existence.

Nous ne voyons pas la nécessité de faire une telle distinction, puisque, pour nous, seule l'intention dolosive doit être prise en considération et qu'elle manquera chez l'historien digne de ce nom.

De plus, nous n'en trouvons les germes ni dans la loi elle-même, ni dans les travaux préparatoires. Au contraire, il résulte de la forme et des termes de l'article 34 que la preuve de l'intention de nuire aux héritiers doit être formellement rapportée. Ce n'est

pas au prévenu à faire la preuve de sa bonne foi : c'est aux héritiers qu'il appartient de prouver l'intention de l'agent de porter atteinte à leur honneur ou à leur considération.

Il ne faudrait pas voir dans cette disposition une dérogation au droit commun de la diffamation, suivant lequel l'intention de nuire est toujours présumée. Cette présomption, admise par la Cour de Cassation, se justifie aisément : lorsqu'il s'agit d'attaques envers les vivants, le diffamateur agit, sinon toujours du moins le plus souvent, dans une intention coupable ; la nature diffamatoire ou injurieuse des écrits révèle la pensée perverse de leur auteur : c'est donc à celui-ci à prouver sa bonne foi (1).

On peut concevoir qu'en matière de diffamation envers les morts, l'intention de nuire soit formellement exigée. Ce renversement de la charge de la preuve constituerait même une solution heureuse (2). Il est assez vraisemblable de considérer que celui qui s'attaque à un défunt agit dans un but désintéressé : ce serait alors aux héritiers à prouver son intention coupable. Mais il est à noter que tel n'est pas le système du législateur français, car autrement il exigerait la preuve de l'intention de nuire non aux héritiers mais à la victime du délit, c'est-à-dire au défunt. Or, nous avons vu (3) que son silence sur ce point prouve assez qu'il n'a pas entendu modifier le droit commun.

(1) Il faut, disait PORTÂLIS, dans son rapport au Conseil des Anciens (précité), que la volonté de nuire soit jointe au fait matériel de l'action. Point d'injure sans esprit d'injure... Nous observons que quand les écrits sont vicieux et dommageables par leur nature, c'est à celui qui les publie à justifier de son intention ; alors la volonté de nuire est présumée jusqu'à la preuve évidente du contraire.

(2) Voir *infra*, p. 183.

(3) Voir *supra*, p. 102.

L'intention de nuire aux héritiers doit donc être considérée comme étant seulement une condition de la poursuite et non comme un élément du délit de diffamation. Si le législateur l'a exigée formellement, c'est pour réduire le champ d'application de la loi pénale (1) et ainsi ménager à l'histoire les libertés dont elle ne peut se passer.

Quoi qu'il en soit, l'intention de nuire à l'honneur ou à la considération des héritiers constitue une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond ; c'est dire qu'elle échappera au contrôle de la Cour de Cassation. En conséquence, il est assez difficile de préciser sur quoi les juges se baseront pour affirmer l'existence de cette intention que son auteur désavouera — ainsi que le faisait très justement remarquer M. Régis Coste — avec d'autant plus de force qu'elle aura été calculée et voulue par lui. Tout au plus, en cette matière, peut-on signaler les tendances qui se manifestent et rapporter quelques espèces pratiques.

Nous avons dit que la preuve de l'intention devait être d'autant plus facilement admise que la personnalité du défunt diffamé aura été plus modeste : il n'est guère probable que l'exemple de sa vie puisse présenter quelque intérêt ; si donc, on vient le tirer de l'oubli où l'avait plongé la mort, c'est non dans un but désintéressé, mais plutôt pour satisfaire quelque vengeance.

(1) Antérieurement à la loi de 1881, la jurisprudence admettait que le diffamateur était punissable bien qu'il ait ignoré l'existence des héritiers (Lyon, 11 déc. 1868, D. P. 1869. 2. 74 ; Cass. crim., 5 juin 1869, D. P. 1870. 1. 233). Ces errements sont aujourd'hui rendus impossibles par l'exigence de l'intention de nuire aux héritiers.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une personne historique, il est à peu près certain que les critiques vont s'abattre sur sa mémoire, mais il y a beaucoup de chances pour que celui qui les formule se soucie plus de l'intérêt général que des héritiers; aussi, doit-on, dans ce cas, exiger une preuve certaine et précise de l'intention de nuire.

* De quoi pourra-t-on induire que le diffamateur a agi dans le but de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers? Avant tout, du ton général de l'article incriminé et des circonstances dans lesquelles il a été publié. Ce sera, par exemple, à l'occasion d'une lutte électorale qu'on rencontrera ce genre d'infraction: un journaliste divulguera des faits concernant les parents décédés d'un candidat; sans attaquer directement ce dernier, sans même le nommer, il s'efforcera de le diminuer aux yeux des électeurs en exposant — tout à fait par hasard, dira-t-il — quelque fait révélateur de la malhonnêteté du père (1).

Mais les termes employés par le diffamateur seront également un indice suffisant de sa volonté de nuire: il mettra, par exemple, l'héritier au défi de le poursuivre (2). Ou encore, il le nommera au cours de son article. Cette dernière hypothèse est particulièrement délicate car, bien souvent, du fait de la désignation de l'héritier, il y aura, en même temps qu'une attaque envers la mémoire d'un défunt, une diffamation indirecte à l'égard de son héritier (3).

(1) Tribunal de Saint-Quentin, 19 mai 1892 (S. 1892. 2. 296); Trib. Cahors, 28 avril 1898 (*France judiciaire*, année 1898, 2. 448).

(2) Cour d'assises de la Seine, 3 décembre 1900, précité.

(3) Trib. de la Seine, 18 novembre 1896 (*Le Droit* du 20 novembre), suivant lequel échappe à la répression l'auteur d'un article qui tout en appré-

§ 2. — Qui peut agir?

D'après l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle, l'exercice de l'action publique appartient aux membres du ministère public. C'est donc ce corps qui, en matière pénale, est la partie poursuivante.

Contrairement à ce que laisse supposer ce texte, le ministère public n'a pas l'entière disposition de l'action publique; notamment, il existe une série de cas où il ne peut l'exercer qu'après une plainte préalable de la partie lésée. Or, précisément, l'article 60, § 4, de la loi du 29 juillet 1881, spécifie que, « dans le cas de diffamation envers les particuliers, prévu par l'article 32, dans le cas d'injure prévu par l'article 33, § 2, la poursuite n'aura lieu que sur la plainte de la personne diffamée ou injuriée ». L'article 47 de la même loi édicte une règle analogue en ce qui concerne les injures et les diffamations envers les fonctionnaires publics: « La poursuite aura lieu, soit sur leur plainte, soit d'office, sur la plainte du ministre dont ils relèvent ».

Nul doute que ces règles s'appliquent à la diffamation ou à l'injure envers la mémoire des morts: il n'est pas besoin d'un texte exprès sur ce point. Tantôt le défunt diffamé est un simple particulier et la plainte des héritiers autorisera le ministère public à déclancher les poursuites; tantôt il s'agira d'un ancien fonc-

ciont sévèrement la conduite du défunt n'a point entendu viser son héritier, alors surtout qu'il n'a pas nommé celui-ci et n'y a fait aucune allusion.

Confirmation par Cour de Paris, 22 février 1897 (*Gaz. Pal.*, 1897, 1. 393). Au contraire, dans une autre affaire, le Trib. de la Seine, le 18 novembre 1896 (*Le Droit* du 19 novembre) condamnait le gérant d'un journal parce que l'article incriminé avait nommé l'héritier. La Cour de Paris confirma ce jugement le 30 mars 1897 (*Le Droit* du 18 août 1897).

tionnaire attaqué en cette qualité et la plainte des héritiers ou bien celle du ministre suffira.

Mais si le ministère public est quelquefois contraint d'attendre une plainte pour pouvoir exercer l'action publique, à l'inverse, en présence d'une plainte, il n'est pas obligé d'agir, il est libre d'apprécier l'opportunité d'une poursuite.

Or, les procès en diffamation intéressent plus les particuliers que l'ordre public. Dans les Parquets, il est de règle de ne donner aucune suite aux plaintes relatives à des injures ou à des diffamations. Le procureur de la République se borne à aviser le plaignant que, suivant l'expression en usage, « mon Parquet ne poursuit pas en matière d'injure ou de diffamation et qu'il lui appartient de se pourvoir lui-même et à ses frais devant le tribunal compétent ».

C'est donc, en définitive, aux personnes lésées que revient la charge d'intenter l'action publique contre le diffamateur. En l'espèce, quelles sont ces personnes ?

La loi du 29 juillet 1881 parlait des héritiers vivants. Il semblait donc que c'était ces derniers qui pouvaient agir.

Faute d'une précision suffisante, une controverse s'est encore élevée sur ce point comme sur bien d'autres.

Quelques auteurs (1) voulaient donner au mot « héritier » un sens restreint. Suivant leur système, si le défunt laissait plusieurs héritiers, l'action en diffamation n'appartenait qu'à ceux du premier degré; le fait de renoncer à la succession de son auteur pri-

(1) Notamment, FAIVRE et BENOIT-LÉVY, *op. cit.*, p. 168.

vait l'héritier du droit de venger sa mémoire des offenses qui pouvaient lui être faites.

A l'appui de cette thèse, M. Azard (1) cite une décision du tribunal correctionnel d'Albi, du 2 août 1884 (2). Ce jugement ne doit pas nous arrêter, car il ne paraît pas concerner notre hypothèse.

D'ailleurs, la majorité de la doctrine est de l'avis contraire : pour les auteurs, le mot « héritier » devait être entendu dans son sens large (3). Pour eux, il n'y a pas à se demander si, au cas d'héritiers de degrés différents, l'action n'appartient qu'au plus proche ; il n'y a pas à considérer non plus si les héritiers sont légitimes ou naturels, acceptants ou renonçants. Tous peuvent poursuivre, du moment qu'ils rapportent les preuves exigées. Ainsi, on doit accorder l'action à tous les parents du défunt : ascendants et descendants, conjoint survivant, collatéraux au degré successible, enfants naturels, légataires universels et à titre universel : ils doivent tous trouver, dans la solidarité de famille qui les unit au mort diffamé, le droit de se prévaloir des dispositions de l'article 34.

La loi du 29 septembre 1919 a consacré cette solution : elle a remplacé le terme « héritiers vivants » par « héritiers, époux ou légataires universels vivants ». Cette modification, ainsi que les travaux pré-

(1) AZARD, *op. cit.*, p. 114.

(2) Albi, 2 août 1884 (S. 1884, 2. 207).

(3) AZARD, *op. cit.*, p. 114 ; BOUDET, *op. cit.*, p. 58 ; BARBIER, *op. cit.*, 2^e édit., n° 549 ; CARPENTIER, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 1053 ; DALLOZ, *op. cit.*, *loc. cit.*, n° 1025, supplément n° 861 ; DUTRUC, *op. cit.*, n° 249 ; FABREGUETTES, *op. cit.*, tome II, n° 1348 ; GAHIER, *op. cit.*, p. 292 ; GIRAL, *op. cit.*, p. 101 ; PHILIPPOTEAUX, *op. cit.*, p. 138 ; TIMBAL, *op. cit.*, p. 72 ; LE POITTEVIN, *op. cit.*, n° 901.

paratoires (1), nous invitent à interpréter largement l'expression « héritiers ».

En conséquence, on doit accorder le droit de se plaindre d'une diffamation envers la mémoire d'un défunt à tout successible qui sera en mesure de rapporter les preuves que nous avons précisées dans la première section de ce chapitre.

Ce point ne nécessite pas de développement spécial, puisqu'aucune difficulté n'est susceptible de se présenter. Nous nous contenterons de signaler une erreur qui se rencontre fréquemment en cette matière et qui est due à la conception suivant laquelle la diffamation envers la mémoire des morts ne serait punissable que lorsqu'elle constitue une attaque indirecte à l'égard de l'héritier vivant.

En effet, on a coutume de dire que c'est le préjudice subi par l'héritier qui fixe le droit de plainte sur sa tête : seul peut agir celui qui invoque une lésion causée par la diffamation ou par l'injure envers le défunt. Ce raisonnement n'est pas exact, car il ne vaut que dans l'hypothèse d'une diffamation indirecte : il est de règle, dans ce dernier cas, que le plaignant justifie à la fois d'un préjudice et de l'intention de le produire. Or, nous avons dit qu'en matière de diffamation envers les morts il suffit de prouver *l'intention* de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers. Ainsi qu'on l'a fait remarquer (2), l'article

(1) La Commission du Sénat avait adopté un texte suivant lequel l'action n'était accordée qu'aux « héritiers en ligne directe ». Sur la proposition de M. Guillaume POULLE, et après intervention de M. Henry CHÉRON, il fut rejeté par la Haute Assemblée comme restreignant abusivement l'exercice de l'action accordée par l'article 34 (Séance du 30 juillet 1919, *Journal officiel* du 31 juillet, p. 1195-1196).

(2) LABORDE. — *Cours élémentaire de Droit criminel*, 1891, p. 459; GAHIER, *op. cit.*, p. 293.

34 présume que le résultat est acquis, c'est-à-dire que les héritiers sont toujours atteints par la diffamation dirigée contre leur auteur. Cette présomption, d'ailleurs, ne fait que répondre aux idées qui ont encore cours de nos jours et que nous avons rappelées (1) : par suite de la solidarité de famille, toute attaque à la mémoire du défunt peut être regardée comme étant une atteinte au patrimoine moral des héritiers, patrimoine constitué par la communauté d'origine, de nom, de souvenirs. Aussi, la loi estime avec raison qu'il serait trop rigoureux d'exiger une preuve précise du préjudice — moral, le plus souvent — causé par l'attaque dirigée contre les morts. Seule la preuve de l'intention de nuire aux vivants devra être rapportée.

Ici encore apparaissent une nouvelle différence et surtout une nouvelle conséquence pratique, de la distinction qui s'impose entre la diffamation indirecte et la diffamation dirigée contre les morts dans le but de nuire à leurs héritiers.

Il y avait donc intérêt à prendre position sur ce point.

(1) Voir supra, p. 9 et 10.

APPENDICE

Distinction entre l'injure et la diffamation et d'autres délits susceptibles d'atteindre les morts

Nous venons d'établir l'existence des délits d'injure et de diffamation envers la mémoire des morts par lesquels le législateur réprime la divulgation, faite après le décès de la personne, de faits contraires à son honneur ou à sa considération. Par ces incriminations, il assimile, dans une certaine mesure, les morts aux vivants.

Or, l'on conçoit qu'on puisse attaquer les défunts avec d'autres armes que celles-là, troubler la paix des tombeaux par des offenses qui ne constituent ni injure ni diffamation, en un mot commettre des actes contraires au respect dû aux morts.

Aussi, doit-on se poser la question de savoir si, seules les injures et les diffamations envers la mémoire des morts sont répréhensibles ou si, au contraire, d'autres atteintes tombent également sous le coup de la loi.

*
**

Parmi ce qu'on appelle « les infractions de la pensée », il y a plusieurs délits qui se rapprochent, plus ou moins, de l'injure et de la diffamation.

Une infraction très voisine de ces incriminations est constituée par l'outrage prévu par les articles 222 et suivants du Code pénal. Il y a là une distinction

assez délicate à faire, et la combinaison des dispositions des articles 222 et suivants du Code pénal avec celles de la loi du 29 juillet 1881 sur la Presse suscite des difficultés nombreuses, à l'exposé desquelles nous ne pouvons nous livrer (1). Disons seulement que, pour la jurisprudence, l'outrage comprend « tout ce qui, d'une manière quelconque, peut blesser ou offenser la personne à laquelle il est adressé (2) ». Mais s'il a un sens très étendu quant aux faits qu'il embrasse, il en a — au contraire — un très restreint si l'on considère les personnes qu'il est susceptible d'atteindre. En effet — en mettant à part une acception spéciale, où il devient un délit dirigé contre certains principes sociaux — l'outrage ne peut, légalement, concerner que des fonctionnaires ou des personnes qui ne sont pas rangées parmi les simples particuliers. Encore n'existe-t-il à ce titre que dans le cas où il les atteint dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions; si cette condition n'est pas réalisée, l'outrage se confond alors avec la diffamation ou avec l'injure.

Ainsi défini, l'outrage est-il répréhensible lorsqu'il est dirigé contre la mémoire d'un fonctionnaire? Il faut répondre par la négative, car la doctrine (3) est d'accord avec la jurisprudence (4)

(1) On les trouvera rapportées, notamment dans BARBIER, *op. cit.*, nos 522 et suiv.

(2) Paris, 2 janvier 1891 (D. P. 1892, 1. 105).

(3) V., notamment, GARÇON, *op. cit.*, V^o art. 222 et suiv., nos 151 et suiv.; GOYET (F.), *op. cit.*, p. 115; HALLIER (P.), *op. cit.*, p. 14.

(4) Cass. 17 mars 1866 (S. 66. 1. 450), 14 février 1874 (S. 74. 1. 240); 16 novembre 1888 (D. P. 89. 1. 271); 12 novembre 1897 (D. P. 99. 1. 155); 26 juillet 1902 (D. P. 1902. 1. 551 avec le rapport de M. le conseiller DÜVAL et les conclusions de M. Cottignies, avocat général); 1^{er} juillet 1911 (D. P. 1911. 1. 488).

pour exiger que l'imputation ou l'invective soit adressée au fonctionnaire lui-même ou, tout au moins, que l'agent ait l'intention de la faire parvenir à sa connaissance. Puisque, par hypothèse, le fonctionnaire est décédé, cet élément essentiel du délit fait donc nécessairement défaut, et ainsi les articles 222 et suivants du Code pénal ne sauraient recevoir leur application. La seule poursuite possible dans ce cas est celle qui sera faite en vertu de l'article 34 de la loi de 1881, à condition cependant qu'on puisse établir l'intention de nuire aux héritiers.

L'offense a la plus grande analogie avec l'outrage, dont elle est une espèce plutôt qu'une infraction spéciale. Elle ne peut s'adresser qu'à une autre catégorie de personnes comprenant le chef de l'Etat français (loi du 29 juillet 1881, article 26) et les chefs des Etats étrangers (loi de 1881, article 36).

Les dispositions de ces textes ont essentiellement pour but de protéger le représentant du régime constitutionnel en vigueur dans le pays considéré. L'élément essentiel du délit d'offense est donc que l'attaque se produise contre celui qui exerce effectivement le pouvoir.

On peut donc soutenir que l'offense à la mémoire, soit du Président de la République française, soit d'un chef d'Etat étranger, ne peut tomber sous le coup de l'article 26 ou de l'article 36 de la loi de 1881, puisque, par hypothèse, elle ne s'adresse pas à celui qui exerce actuellement le pouvoir (1). Cette opinion est certainement exacte pour le cas où celui dont

(1) BARBIER, *op. cit.*, nos 347 et 716.

la mémoire est attaquée n'était plus au pouvoir à l'époque de son décès : par exemple, il avait donné sa démission ou il était arrivé à l'expiration de la durée de ses fonctions, ou bien encore la forme du régime avait été changée (1). Mais en est-il de même lorsque la personne visée est décédée alors qu'elle était au pouvoir ?

Il nous paraît bien difficile d'admettre qu'il puisse en être autrement. Certains auteurs (2) se sont pourtant décidés dans le sens de l'application des articles 26 et 36 à l'offense dirigée contre la mémoire d'un ancien chef d'Etat. Ce point de vue nous semble laisser place à la critique.

D'ailleurs, la solution que nous préconisons ne laisse pas la mémoire des chefs d'Etats sans protection : si les attaques ne peuvent comporter la qualification plus grave « d'offenses », elles restent néanmoins

(1) En 1878, donc après la mort de Napoléon III, le prince Eugène poursuivit le gérant du *Siècle* à raison de trois articles de ce journal qui avaient imputé à Napoléon III d'avoir, dans le cours de son règne, vendu illégalement 26.000 hectares de forêts appartenant à l'Etat et de s'en être approprié le prix pour augmenter sa liste civile.

La Cour de Cassation, le 24 mai 1879 (D. P. 1879. 1. 273) décida, qu'à raison de la déchéance produite par la révolution de 1870, il n'existait pas d'offense mais une simple diffamation envers un dépositaire de l'autorité publique pour faits relatifs à ses fonctions..

Comparer un autre arrêt de la Cour de Cassation rendu le 24 avril 1823 (*Sirey chronologique*, 1822-1824, I, p. 237), qui paraît être d'un avis contraire. Cette divergence de vues s'explique, comme le dit M. BARBIER (*op. cit.* n° 347) par le fait que « l'incrimination d'offense, dans l'ancienne législation... (loi du 17 mai 1819, article 10)... avait pour but principal le maintien du pouvoir établi, la conservation des institutions, tandis que dans le système de la loi nouvelle l'incrimination vise principalement à la protection de la personne même du Président de la République, qui, à raison de la situation exceptionnelle qu'il occupe, a droit — en tant qu'individu — à être protégé d'une façon également exceptionnelle contre les offenses qui peuvent l'atteindre. Or, cette protection exceptionnelle de la personne n'a évidemment plus sa raison d'être, quand la dite personne n'exerce plus le pouvoir : cessante causa cessat effectus ».

(2) En ce sens : GIRAL (G.), *op. cit.*, p. 103 et suiv. ; TIMBAL, *op. cit.*, p. 79.

punies par le droit commun de l'injure et de la diffamation, si les conditions exigées par l'article 34 de la loi de 1881 se trouvent réalisées.

Le délit de révélation de secrets professionnels peut être rapproché de la diffamation. L'article 378 du Code pénal punit celui qui, ayant été — à raison de sa profession — le confident d'une personne, divulgue les faits dont il a eu connaissance. Cette incrimination est, en un sens, plus large que celle de la diffamation. En effet, ici, la nature des faits divulgués importe peu : il n'est pas besoin qu'ils soient susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne pour que l'article 378 du Code pénal puisse recevoir son application.

L'obligation au silence cesse-t-elle lorsque la personne qui a confié le secret vient à mourir ?

La réponse ne saurait faire de doute : la doctrine (1) et la jurisprudence (2) se sont prononcées pour la négative. L'obligation au silence peut même être considérée, dans ce cas, comme plus étroite parce que la divulgation haineuse ou malveillante, atteignant la mémoire d'un mort, n'en paraît que plus odieuse.

(1) En ce sens, GARÇON, *op. cit.*, V^o art. 378, n^o 88; LE POITTEVIN, note sous Cass. Requêtes, 9 avril 1895 (S. 96. 1. 81).

LÉON MAZEAUD, note sous Cass. civile, 29 mars 1927 (D. F. 27. 1. 185).

VILLEY, note sous Paris (Ch. correct.), 5 mai 1885 (S. 1885, 2. 121).

(2) Cass. crim., 19 décembre 1885, au D. P. 1886. 1. 347 et au S. 1886. 1. 86 (avec le rapport du conseiller TANON) : le docteur Watelet qui avait donné ses soins au peintre Bastien-Lepage, se crut en butte, après la mort de celui-ci, à des reproches d'impéritie et adressa au gérant d'un journal un article destiné à être publié et dans lequel il exposait les causes de la mort de Bastien-Lepage et fournissait des détails sur la maladie et sur le traitement chirurgical. Le docteur Watelet fut poursuivi et condamné pour révélation de secrets professionnels.

La même solution s'impose si l'on admet la théorie suivant laquelle l'obligation au silence est, non d'ordre public et absolue, mais seulement relative: par suite du décès de la personne qui a confié le secret, l'obligation au silence devient absolue, puisque le droit d'en donner mainlevée est essentiellement personnel et ne peut appartenir aux héritiers. La jurisprudence est fixée sur ce point (1).

Signalons, à ce propos, une pratique des Compagnies d'assurances, absolument contraire à l'obligation au secret médical: un article des polices françaises d'assurance sur la vie porte que « les sommes dues par la Compagnie sont payées dans les trente jours de la remise de la police et des pièces justificatives, notamment... le certificat du médecin constatant le genre de maladie ou d'accident auquel l'assuré a succombé... ».

Il est évident que le médecin traitant, qui se refuse à délivrer ledit certificat, ne fait que respecter l'obligation au secret. Les partisans de la thèse du secret, obligation relative, ont prétendu que l'assuré, par le fait de son adhésion au contrat d'assurance, donnait, par là-même, l'autorisation à son futur médecin de divulguer le secret. Les tribunaux n'ont jamais admis cette théorie et ils ont décidé, avec juste raison, qu'une telle autorisation ne pouvait pas être valable, car elle n'est concédée qu'inconsciemment (2).

*
**

(1) Besançon, 7 juin 1899 (S. 1901, 2. 108).

Pau, 19 janvier 1914 (*Le Droit*, du 13 mai 1914).

Poitiers, 31 décembre 1918 (D. P. 1920, 2. 59).

Cass. civile 29 mars 1927 (D. P. 1927, 1. 185, et la note de M. MAZEAUD).

(2) Le Havre, 30 juillet 1886 (S. 1887, 2. 69).

Besançon, 17 février 1887 (S. 1887, 2. 94).

Cassation civile, 1^{er} mai 1899 (D. P. 1899, 1. 585).

Dans un autre ordre d'idées, l'article 360 du Code pénal punit, sous l'incrimination de violation de tombeaux ou de sépultures (1), les actes dirigés contre la dépouille mortelle et qui sont de nature à violer le respect dû aux morts.

Nous avons signalé (2) les difficultés suscitées, à Rome, par la distinction entre le champ d'application de l'actio injuriarum et celui de l'actio sepulcri violati. Nous retrouvons la même question, dans le Droit moderne, à propos du délit de diffamation, ou d'injure, envers la mémoire des morts et celui de violation de sépultures. Il y a là deux incriminations qui, à première vue, peuvent paraître nettement séparées l'une de l'autre, bien que très voisines : l'article 360 du Code pénal semble réprimer tous les faits qui s'adressent à la dépouille mortelle, tandis que l'article 34 de la loi de 1881 punit les atteintes à la mémoire des défunts. En réalité, la distinction est plus subtile et les deux infractions chevauchent légèrement l'une sur l'autre ; c'est pourquoi on doit s'efforcer de leur assigner des limites précises. Pour mener à bien cette tâche, il faut analyser le texte de l'article 360 du Code pénal : c'est dans ses termes que se trouve le germe qui permet de trouver le critérium indispensable en cette matière.

Pour que le délit de l'article 360 du Code pénal soit constitué, il faut un acte matériel, une action physique, une voie de fait. C'est là l'élément caractéristique le plus important du délit : des paroles, même outrageantes, ne sauraient suffire.

(1) GARÇON, *op. cit.*, V^o art. 360.

CARPENTIER, *op. cit.*, V^o Inhumation et Sépulture.

(2) V. *supra*, p. 42.

Cet acte matériel doit être de nature outrageante ou doit porter atteinte à la cendre des morts ou tendre directement à violer le respect dû aux tombeaux (1). Mais cette condition est suffisante et peu importe l'intention de l'agent. « L'ouverture d'une sépulture est un acte outrageant par sa nature et viole nécessairement la paix des morts. Celui qui commet sciemment cet acte a l'intention criminelle : il importe peu qu'il ait agi par esprit de haine ou de vengeance contre le défunt ou ses héritiers, ou par cupidité pour voler les objets renfermés dans la tombe, ou par une abominable luxure comme les nécrophiles, ou par curiosité malsaine, ou pour revoir une dernière fois une personne regrettée et pleurée, ou par fanatisme religieux, ou même pour honorer le mort et lui donner une sépulture plus honorable. Tous ces motifs, si différents les uns des autres, restent sans influence sur l'existence du délit (2). »

Mais un acte matériel quelconque, pourvu qu'il soit de nature outrageante pour les morts, suffit à constituer le délit et il n'est pas besoin qu'il y ait eu une atteinte à la dépouille mortelle elle-même.

La jurisprudence est absolument fixée en ce sens : « ...Attendu en droit, disait la Cour de Cassation, que les dispositions de l'article 360 ont pour but de réprimer non seulement les atteintes directes à la cendre des morts, mais encore tout acte matériel s'adressant à un tombeau ou à une sépulture, et dont le caractère

(1) GARRAUD. — *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, tome IV, n° 646 : « L'élément matériel du délit consiste dans un acte de nature à violer le respect dû aux tombeaux, l'élément moral dans l'outrage qui résulte de cet acte. »

(2) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 29.

impliquerait un outrage ou une irrévérence envers les personnes qui y sont inhumées (1). »

Dès lors, on aperçoit les bases d'une distinction : si l'article 360 ne saurait être invoqué lorsqu'il s'agit d'injures ou de diffamations verbales, proférées à l'égard d'un mort (2), par contre il doit être appliqué chaque fois que les paroles s'accompagnent d'un fait matériel. C'est ainsi que deux individus qui, dans un cimetière, avaient frappé avec un bâton sur les pierres tombales en se servant d'interpellations outrageantes et s'étaient roulés sur les tombes, furent condamnés en vertu de l'article 360 : « ...Attendu qu'il ne s'agit pas seulement de paroles outrageantes et contraires au respect dû à la cendre des morts, qui auraient été proférées en présence des tombeaux, mais de gestes faits et d'actions commises sur les tombeaux eux-mêmes ; ...considérant que les dispositions de l'article 360 ont, en particulier, pour but de réprimer non seulement les atteintes matérielles portées à la cendre des morts, mais tout acte qui tend directement à violer le respect qui lui est dû ; qu'il y a indivisibilité entre le tombeau et les dépouilles mortelles qu'il renferme, sans quoi les outrages les plus graves qui ne seraient pas des paroles ou discours, ou qui ne seraient pas publics, resteraient impunis... (3). »

Il est bien évident que des injures ou des diffamations à la mémoire d'un mort ne peuvent tomber sous le coup de l'article 360, sous prétexte qu'elles ont été

(1) Cass. crim., 5 juillet 1884 (D. P. 1885. 1. 222). V. également Bordeaux, 9 décembre 1830 (S. 1831. 2. 263).

(2) La Cour de Cassation a décidé que des coups de sifflets d'une machine à vapeur, lancés au passage d'un convoi funèbre, peuvent constituer la contravention de bruits injurieux pour la famille du défunt, punie par les articles 479, § 8 et 480 du Code pénal (Cass. crim., 6 août 1887. D. P. 1888. 1. 43).

(3) Cass. crim., 22 août 1839 (S. 1839. 1. 928).

faites au moyen d'écrits rendus publics; dans ce cas, seul l'article 34 de la loi de 1881 peut être invoqué. Toutefois, ainsi que le dit M. Garçon (1), cette solution devient douteuse si l'écrit outrageant est placardé sur une tombe: dans ce cas, la condition de publicité exigée par l'article 23 de la loi de 1881 est remplie; mais, d'autre part, ce fait constitue un geste contraire au respect dû aux tombeaux et l'application de l'article 360 est donc possible. C'est certainement lui qui devrait être invoqué si l'outrage était tracé ou gravé sur la pierre tombale elle-même.

C'est ainsi que l'article 360 du Code pénal vient heureusement compléter la législation protectrice de la mémoire des morts et la prolonger, en quelque sorte, par la répression de tout fait matériel qui trouble la paix des tombeaux (2).

(1) GARÇON, *op. et loc. cit.*, n° 7.

(2) Le nouveau Code pénal italien a consacré un chapitre entier (articles 407 à 413) à la répression des « Délits contre le respect des morts ».

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ CIVILE

Selon l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle, toute infraction pénale est susceptible de donner naissance à deux actions :

1^o L'action publique, qui tend à infliger une peine au délinquant en réparation du préjudice qu'il a causé à la société ; son exercice « n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi » ;

2^o L'action civile, dont le but est de poursuivre la réparation du dommage subi par les particuliers ; elle peut être exercée par tous ceux qui invoquent un préjudice qui leur a été causé par le délit.

Puisque la diffamation, ou l'injure, envers la mémoire des morts constitue un délit dans certains cas, nous devons nous attendre à trouver, à la fois, l'action publique et l'action civile.

Cette dernière existe-t-elle réellement ? Cette question doit être posée, car nous avons dit que l'infraction pénale est « *susceptible* » de donner naissance à deux actions. Pour que l'action civile existe, il faut que le délit pénal ait entraîné un préjudice pour la victime. Et ce dommage doit présenter certains caractères ; il doit être : personnel, c'est-à-dire subi par la personne même qui agit ; actuel, c'est-à-dire exister au moment où l'action est mise en mouvement ; direct, c'est-à-dire résultant, par une relation de cause à effet, de l'infraction elle-même.

Comme un dommage moral suffit pour justifier

l'existence de l'action civile, on peut conclure que le délit de diffamation ou d'injure, envers la mémoire des morts, donne bien naissance d'une part à l'action publique qui met en cause la responsabilité pénale du délinquant et, d'autre part, à l'action civile qui vise la responsabilité civile de ce même délinquant.

C'est cette dernière action qu'il nous faut étudier.

Elle existera chaque fois que les héritiers pourront invoquer un préjudice matériel ou, plus souvent, moral, provenant de la diffamation ou de l'injure qui a été dirigée contre la mémoire de leur auteur. Ils auront donc à prouver, outre l'intention du diffamateur de leur nuire (condition essentielle à la réussite de l'action publique), que l'imputation diffamatoire, ou injurieuse, les a atteints dans leur honneur ou leur considération.

Cette preuve, qui, ainsi que nous l'avons démontrée, n'est pas exigée en matière de responsabilité pénale, est indispensable pour faire jouer la responsabilité civile de l'auteur de la diffamation. Si elle n'est pas rapportée, les héritiers ne peuvent prétendre à aucune réparation ; c'est le cas, par exemple, lorsque la diffamation, ou l'injure, ne porte préjudice qu'à la mémoire du mort (1). Mais il est bien difficile, en pratique, de distinguer entre le préjudice causé aux héritiers et celui causé à la mémoire du défunt (2). Aussi les tribunaux, en se basant sur la solidarité qui unit les membres d'une même famille, admettent très facilement la réalité du dommage ressenti par les héritiers. A ce propos, nous citerons un jugement du tri-

(1) V. BAZILLE et CONSTANT. — *Code de la Presse*, n° 180.

(2) V. DULAC. — *De la Responsabilité civile en matière de Délits commis par la voie de la Presse*, thèse, Lyon 1884, p. 89.

bunal de la Seine du 12 juin 1902, dont nous nous permettons de rapporter les motifs suivants: « ...Attendu qu'à raison de la solidarité d'honneur qui, dans l'état actuel des mœurs, unit les membres d'une même famille, même au delà du tombeau, la diffamation dirigée contre un mort atteint toujours les héritiers vivants; ...que la diffamation contre un mort causant toujours et nécessairement un préjudice à ses héritiers vivants, l'obligation de réparer ce préjudice incombera toujours et nécessairement à l'auteur de la diffamation... (1) ».

Et ce n'est que justice que les héritiers, outre la satisfaction morale de voir celui qui s'est attaqué lâchement à la mémoire de leur auteur condamné à une amende pénale, puissent obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils ont subi et dont ils établissent la réalité.

Mais nous avons vu que la réussite de l'action en diffamation est subordonnée à des conditions très strictes. La répression n'est possible que dans certains cas. Or, l'action civile n'existe que lorsque le délit pénal est constitué. Qu'arrivera-t-il si l'héritier ne peut invoquer une infraction à l'article 34 de la loi de 1881? Toute voie judiciaire lui sera-t-elle fermée? Ne pourra-t-il pas agir uniquement au civil?

C'est dans cette hypothèse que l'action civile présenterait le plus d'intérêts pour les héritiers. Aussi, lors des travaux préparatoires de la loi de 1881, M. Lisbonne a tenu à spécifier que « la disposition

(1) Tribunal de la Seine, 12 juin 1902 (*Gaz. Pal.*, 1902, 1. 837).

nouvelle... [l'article 34]... laisse dans le droit commun l'action civile (1) ».

Cette action est celle qui prend sa source dans la simple faute et le préjudice causé, abstraction faite de toute intention criminelle : c'est celle de l'article 1382 du Code civil. C'est elle que les héritiers intenteront lorsque le délit ne sera pas constitué.

Dans les deux sections de ce chapitre, nous étudierons les voies qui s'offrent aux héritiers pour obtenir la réparation du préjudice que leur cause la diffamation, ou l'injure, à la mémoire de leur auteur, savoir :

1° L'action civile née du délit prévu par l'article 34 de la loi de 1881 ;

2° L'action civile basée sur l'article 1382 du Code civil.

SECTION PREMIÈRE

Action civile née du délit prévu par l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881

L'article 3 du Code d'instruction criminelle donne à la partie lésée par une infraction pénale le choix entre les tribunaux répressifs et les tribunaux civils pour poursuivre la réparation du préjudice subi. L'exception apportée aux principes par ce droit d'option est facile à justifier : en portant son action en dommages-intérêts devant le tribunal saisi de l'action publique, la partie lésée évite une dualité coûteuse qui pour-

(1) LISBONNE, rapport cité par BARBIER, *op. cit.*, n° 546.

rait aboutir à des contradictions et surtout elle profite des preuves recueillies par le ministère public; enfin, dans certains cas, elle participe à la bonne administration de la justice en mettant indirectement en mouvement l'action publique.

En vertu de cette disposition, les héritiers peuvent donc intenter l'action civile née du délit prévu par l'article 34, soit devant les tribunaux répressifs, soit devant les tribunaux civils. Ce droit d'option n'est pourtant pas absolu; il comporte un certain nombre d'exceptions: dans certains cas, l'action civile doit être obligatoirement portée devant les tribunaux civils, dans d'autres elle doit l'être devant les tribunaux répressifs.

Ceci doit nous conduire à étudier: d'abord, les différents cas dans lesquels les héritiers ne seront pas maîtres du choix de leur juridiction; ensuite, les règles de procédure, spéciales à chaque ordre de juridiction.

§ 1^{er}. — *Cas où le droit d'option disparaît*

Aux termes de l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881, « l'action civile résultant des délits de diffamation prévus et punis par les articles 30 et 31 ne pourra, sauf dans les cas de décès ou d'amnistie, être poursuivi séparément de l'action publique ».

Cette disposition constitue l'une des dérogations au droit d'option que nous avons annoncées. L'article 30 ne nous intéresse pas: il est relatif à la diffamation envers les personnes morales, qui, elles, ne meurent point; son application ne peut donc se faire à l'hypothèse d'une diffamation envers la mémoire des morts

et cette solution, qui n'était même pas discutée sous l'empire de la loi de 1881, est certaine aujourd'hui.

Par contre, nous ne pouvons pas passer sous silence l'article 31 qui, lui, est expressément visé par l'article 34. Nous avons déjà étudié certaines des règles particulières que l'article 31 entraîne, notamment en matière de compétence (1). Nous retrouvons ici la même distinction que nous avons faite pour l'action publique.

On sait que lorsqu'il s'agit de diffamation concernant la vie publique des fonctionnaires, le diffamateur peut rapporter la preuve des faits imputés. On conçoit que le fonctionnaire désireux d'éviter cette preuve cherche un moyen de l'éviter tout en poursuivant celui qui l'a attaqué. Or, il est unanimement admis que la preuve des faits diffamatoires n'est possible que devant le jury, qu'elle est prohibée devant les tribunaux civils (2).

Le fonctionnaire sera donc tenté d'agir devant les tribunaux civils, puisqu'il évitera ainsi que son diffamateur fasse la preuve des faits qu'il lui a imputés.

C'est pour empêcher cette fraude que l'article 46 oblige le fonctionnaire à porter son action civile devant les tribunaux répressifs. Aussi cette dérogation au droit commun doit se renfermer dans les limites tracées par la loi : l'article 46 n'est point applicable lorsque la preuve des faits imputés n'est pas à craindre ; c'est ainsi que le droit d'option restera

(1) V. *Supra*, p. 91 et suite.

(2) GRELLET-DUMAZEAU, t. II, p. 125, n° 808; DUTRÛC, n° 254; FABREGUETTES, t. I, n° 133, p. 529; LE POITEVIN, t. II, n° 777, p. 355; BARBIER, 2^e édit., t. II, n° 560, p. 11; DULAC, p. 237; Cour de Toulouse, 17 juin 1881 (D. P. 83. 1. 401); Cass. 18 mars 1889 (D. P. 90. 1. 160. S. 89. 1. 371); Alger, 27 février 1894 (D. P. 94. 2. 371).

absolu lorsque l'imputation qui sert de base à l'action civile ne réunit pas les caractères légaux de la diffamation ou bien n'est en réalité qu'une injure.

Appliquons ces règles à la diffamation envers la mémoire des morts.

Lorsqu'il s'agit d'un défunt qui n'a jamais été fonctionnaire public ou qui, ancien fonctionnaire, n'a été diffamé que dans sa vie privée ou encore qui a été injurié, les héritiers seront libres de choisir entre les tribunaux répressifs (Cour d'assises pour l'injure envers le fonctionnaire, tribunal correctionnel pour la diffamation ou l'injure envers le simple particulier, tribunal de simple police en cas d'injure non publique) et les tribunaux civils pour porter leur action en dommages-intérêts.

Au contraire, si c'est en qualité d'ancien fonctionnaire public que leur auteur a été diffamé (et non pas injurié), les héritiers n'auront plus le choix : c'est devant les tribunaux criminels (la Cour d'assises) qu'ils devront porter leur action civile.

Telle est la première exception au droit d'option des héritiers.

*
**

Il en existe une seconde, qui n'est pas spéciale à la diffamation et que l'article 46 a soin de rappeler : c'est le cas de décès ou d'amnistie.

On sait que si le décès de l'auteur du délit et l'amnistie éteignent l'action publique, ces mêmes événements laissent pourtant subsister l'action civile. Le résultat est le suivant : l'action civile ne peut plus être portée en même temps que l'action publique devant les tribunaux répressifs. Or, l'article 3 du Code d'ins-

truction criminelle spécifie que, pour que les tribunaux répressifs puissent connaître de l'action civile, il faut qu'elle soit exercée accessoirement à l'action publique et en même temps (1). Ici encore, le droit d'option disparaît : les héritiers seront obligés de s'adresser aux tribunaux civils pour obtenir la réparation du préjudice subi par la diffamation dirigée contre la mémoire de leur auteur. Précisons que le droit d'option ne disparaît pourtant pas dans tous les cas de décès ou d'amnistie.

En ce qui concerne le décès du diffamateur, la jurisprudence (2) fait la distinction suivante : si la juridiction répressive saisie n'a encore rendu aucun jugement sur l'action publique et sur l'action civile, le décès de l'inculpé oblige la partie civile à abandonner la voie criminelle pour exercer son action civile devant la juridiction civile ; au contraire, si un jugement sur le fond a été rendu avant le décès du diffamateur, la partie civile peut exercer, quant à ses intérêts civils, les différentes voies de recours qui sont normalement ouvertes devant les juridictions répressives.

En ce qui concerne l'extinction de l'action publique par l'amnistie, la jurisprudence la plus récente (3) et les dernières lois d'amnistie (4) admettent

(1) C'est la raison pour laquelle on ne peut plus porter l'action civile devant le tribunal répressif, lorsque celui-ci s'est déjà prononcé définitivement sur l'action publique.

(2) Cassation criminelle 29 juillet 1898 (S. 1900, 1. 55) ; 16 janvier 1914, S. sommaires 14. 1. 47) ; Comp. Cass. crim. ; 20 avril 1923 (S. 26. 1. 47).

(3) Cass. crim. 16 mars 1882 (S. 1888. 1. 89) ; 8 novembre 1907 (*Gaz. Pal.*, 1907. 2. 542) ; Paris, 23 mai 1919 (S. 1918-1919. 2. 117).

(4) Loi du 3 janvier 1925, article 21 ; loi du 26 décembre 1931, article 11 ; loi du 13 juillet 1933, article 9.

que, sous la seule condition que la juridiction répressive de jugement ait été saisie de l'action civile avant l'amnistie, la partie civile reste en droit, malgré l'extinction de l'action publique, de faire juger son action civile par les tribunaux répressifs.

Nous avons signalé (1) un procès qui constitue une illustration de ces principes. A la suite de diffamations dirigées contre son mari, M^{me} veuve Henry avait assigné le gérant du *Siècle* devant la Cour d'assises de la Seine, qui rendit un arrêt sur la question de compétence. Sur les entrefaites, la loi d'amnistie du 27 décembre 1900 fut promulguée et M^{me} veuve Henry fut obligée de se tourner vers les tribunaux civils pour intenter l'action civile (2).

§ 2. — *Exercice de l'action civile devant les Tribunaux répressifs*

Nous ne trouvons aucune règle particulière à la diffamation envers les morts sur ce point. C'est le droit commun qui s'applique purement et simplement. Les tribunaux répressifs connaîtront de l'action civile suivant les principes habituels.

Si la juridiction de jugement est saisie de l'action publique par le Ministère public, la partie civile pourra intervenir — jusqu'à la clôture des débats, devant la Cour d'assises; jusqu'au prononcé du jugement, devant les autres tribunaux — pour réclamer une réparation. Ce cas se rencontrera très rarement dans la pratique, par suite de l'habitude, que nous

(1) V. supra, p. 93.

(2) Cour d'Appel de Paris, 28 mai 1903 (D. P. 1906, 2. 266).

avons signalée, des Parquets ne ne pas poursuivre en matière de diffamation.

C'est donc à la partie lésée à saisir directement, par la voie de la citation directe, la juridiction compétente : tribunal de simple police, tribunal de police correctionnelle ou Cour d'assises.

Le tribunal répressif, une fois saisi de l'action publique et de l'action civile, doit se prononcer sur l'une et sur l'autre ; il est investi d'une double compétence : il est en même temps juge de répression et juge civil. Toutefois, cette dernière compétence n'est qu'accessoire, en ce sens qu'elle ne peut exister que si le tribunal est saisi *en même temps* de l'action publique. De là cette conséquence très importante que la juridiction pénale ne peut pas se prononcer sur l'action civile quand elle ne relève aucun délit pénal. C'est une règle générale que le tribunal correctionnel ne peut pas, après avoir prononcé la relaxe du prévenu, allouer des dommages-intérêts à la partie civile. En matière ordinaire, la Cour d'assises a le privilège de pouvoir acquitter le prévenu et, néanmoins, accorder une réparation à la partie lésée : en matière de délits de presse elle ne le peut pas, l'article 57 de la loi de 1881 lui en enlève le droit.

Il est intéressant de combiner les articles 57 et 46 de la loi de 1881 : d'une part, l'article 46 oblige les fonctionnaires publics à porter leur action civile devant la Cour d'assises ; d'autre part, l'article 57 retire à cette dernière le droit de se prononcer sur cette action civile en cas d'acquiescement. Les fonctionnaires publics sont donc lésés par cette disposition, qui a contribué à faire décerner à la loi de 1881 le titre de « loi scélérate ».

§ 3. — *Exercice de l'action civile
devant les Tribunaux civils*

Ici encore, c'est le droit commun qui s'applique. Les conditions d'exercice de l'action civile devant les tribunaux civils sont identiques à celles de l'action civile devant les tribunaux répressifs. Sauf le mode de saisine qui n'est pas le même, les règles que nous venons de voir sont applicables ici.

Si une instance est pendante devant les juges répressifs, le tribunal civil doit surseoir à statuer en vertu de la maxime : « Le criminel tient le civil en état ».

La prescription a toujours la même durée que celle de l'action publique, c'est-à-dire : trois mois.

Enfin, le juge civil est enchaîné par le dispositif de l'assignation et par les conclusions. Si donc le délit n'est pas caractérisé, il ne peut pas retenir le quasi-délit et il doit forcément débouter le demandeur de ses fins et conclusions.

Pour conclure, nous dirons que l'action civile, qu'elle soit exercée soit devant les tribunaux répressifs, soit devant les tribunaux civils, entraîne de grands inconvénients pour la partie lésée ; de toutes façons, l'action n'est recevable qu'à la condition que le délit de diffamation, ou d'injure, envers la mémoire du défunt soit légalement constitué et que la preuve de l'intention de nuire aux héritiers soit effectivement rapportée.

Nous avons vu que cette preuve était difficile, sinon impossible, à administrer quand il s'agit de critique historique.

De plus, la prescription a toujours une durée extrêmement courte : trois mois.

Dans ces conditions, la partie lésée ne pourra plus agir ou bien risquera de succomber dans son instance. Enfin, elle aura été mêlée à un procès pénal aux audiences largement ouvertes au public ; la publicité des débats aura pu faire naître un scandale sur son nom et sur celui du défunt.

Il importe donc de remédier à ces inconvénients multiples et surtout de ne pas laisser les héritiers désarmés en face d'un écrivain peut-être de bonne foi, mais assez peu consciencieux pour calomnier sans scrupule les morts : l'action de l'article 1382 permet de combler cette lacune.

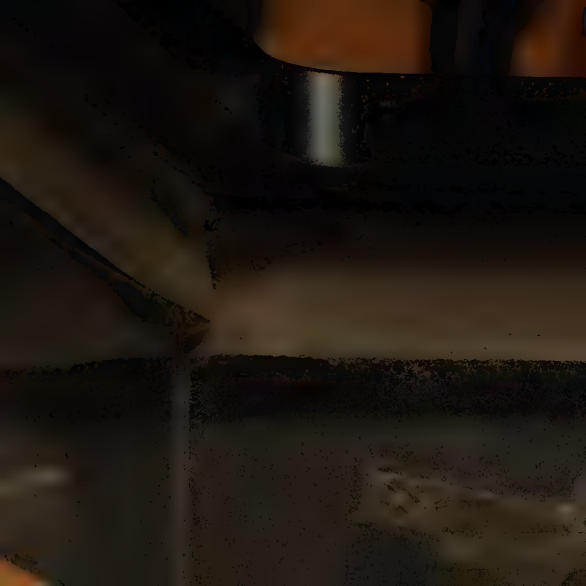
SECTION DEUXIÈME

Action civile basée sur l'article 1382 du Code civil

Pour pouvoir intenter cette action, les héritiers doivent justifier d'un préjudice personnel, faute de quoi ils ne sauraient prétendre à aucune réparation. Mais nous avons vu que le dommage invoqué par les héritiers est très facilement admis par les tribunaux. C'est ce dommage, causé sans droit, qui commande la réparation.

L'article 1382 du Code civil, auquel font appel, en désespoir de cause, les héritiers, prescrit que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Notre hypothèse rentre dans le champ d'application de cette disposition : par ses imputations le dif-



délit de l'article 34. Par contre, ils paraissent plus exigeants en matière d'action basée sur l'article 1382.

Dans un jugement du 29 juin 1928 (1), on trouve cet attendu : « L'héritier qui agit en dommages-intérêts en vertu de l'article 1382 ne peut, pour justifier son action, se prévaloir de l'intérêt exclusif du défunt, ni de l'intérêt résultant de la solidarité familiale ; le droit à la réparation n'est ouvert à son profit qu'autant que l'outrage fait au défunt rejaillit directement sur lui et lui cause un dommage personnel... ».

A notre sens, on ne doit pas se montrer aussi sévère que le désirerait ce tribunal. Il est bien évident que l'héritier ne peut pas invoquer l'intérêt exclusif du défunt ; mais nous estimons qu'on ne peut pas lui refuser le droit de se dire lésé en vertu de la solidarité de famille. Sinon ce serait le priver, dans la plupart des cas, de tout moyen juridique de poursuivre les attaques dirigées contre son auteur. La loi pénale est déjà très sévère pour lui, les règles qu'elle édicte en matière de diffamation envers la mémoire des morts sont très strictes. Qu'on se montre plus large, tout au moins, sur le terrain de l'action civile, d'autant qu'on exige la preuve d'une faute qui sera, souvent, difficile à rapporter.

*
**

En quoi consiste cette faute ?

C'est une question de fait laissée à l'appréciation des magistrats. Il faut donc procéder à l'examen de la jurisprudence, pour en déduire les faits considérés

(1) Seine, 29 juin 1928 (D. P. 1932. 2. 119).

par les tribunaux comme constituant l'écrivain en faute.

On trouve ici la même distinction entre personnages historiques et simples particuliers que celle que nous avons signalée à propos de l'intention de nuire aux héritiers (1).

Lorsque le défunt est un simple particulier, un homme qui n'a jamais joué aucun rôle dans la vie publique de son temps, on peut facilement prouver la faute de celui qui s'attaque néanmoins à sa mémoire. La vie du défunt n'appartenait pas à l'histoire, nul n'a donc le droit de s'en emparer.

Quelques jours après l'assassinat d'une vieille dame, un journal publia une série d'articles qui faisaient peser des soupçons sur un jeune homme; celui-ci, affolé, se suicida. Le journal continua sa campagne et présenta ce suicide comme étant la preuve de sa culpabilité. Le père du jeune homme intenta une action en dommages-intérêts; le tribunal de Dunkerque condamna le journal: « Attendu que le tribunal ne se trouve pas en présence d'une action pénale dérivant de l'article 34, mais d'une action civile basée sur les principes dont l'application est régie par l'article 1382; ...attendu qu'un journal n'a pas le droit de publier les résultats d'enquêtes et d'instructions qui, en matière criminelle, sont, à part la présence de l'avocat, absolument secrètes; et que si des indiscretions lui en livrent certains détails, il commet une grave imprudence en les communiquant à ses lecteurs, et ne le fait, en tout cas, qu'à ses risques et périls, ne

(1) Voir *supra*, p. 106.

pouvant trouver une excuse dans une publication qui, en elle-même, est déjà fautive (1) ».

Même à l'égard de ces simples particuliers, on a tenté d'invoquer les droits de la littérature ou de la science.

Ainsi, on a prétendu que le romancier avait le droit de s'emparer d'événements passés pour en faire le sujet d'un livre. A ce propos, la Cour d'Alger (2) a fait une distinction assez logique : l'écrivain s'empare-t-il d'événements, d'actes, de faits, pour les raconter ? il le peut, car les actes sont dans le domaine commun et chacun peut y puiser. Au contraire, prétend-il décrire des personnalités ? Alors il engage sa responsabilité, car les personnalités n'appartiennent qu'à elles-mêmes. Somme toute, le droit de l'écrivain s'arrête chaque fois que la responsabilité devient dommageable ; ainsi que disait M. Meynial (3) : « Le romancier peut tout, sauf causer préjudice ». Or, il y aura préjudice chaque fois que la personne sera désignée avec assez de précision pour pouvoir être reconnue : c'est cette désignation qui constituera la faute du romancier. Il ne faudrait pas croire que cette hypothèse ne se rencontrera qu'exceptionnellement dans la pratique ; car bien qu'il travestisse la réalité, qu'il y ajoute des détails émanés de sa seule imagination, le plus souvent le souci du trait individuel, du détail qui paraît insignifiant, mais qui pourtant donne la vie à son personnage, ce souci pousse l'écrivain vers la description exacte du milieu où se

(1) Trib. Dunkerque, 21 nov. 1912 (*Gaz. Pal.*, 1913, 1. 142).

(2) Cour d'Alger, 20 février 1897 (*Gaz. Pal.*, 1897. 1. 700. S. 1898. 1. 473).

(3) Note sous Tribunal fédéral suisse, 2 février 1895 (S. 1897. 4. 9).

meut son héros. Il n'est donc pas besoin d'une désignation par le nom ou par des initiales pour engager la responsabilité civile de l'écrivain : par la description du milieu, du cadre dans lequel il place ses personnages, il les désigne clairement au public et, par là, s'oblige à réparer le tort qu'il peut leur causer.

La question se complique lorsqu'on invoque les droits de la science : en effet, dit-on, il est des cas où il est bien difficile de se passer de la désignation des personnes. Si la science ne s'intéresse pas aux noms, elle recherche les causes héréditaires, les précédents, parmi les membres d'une même famille, d'un germe qui s'est développé quand il a trouvé en l'un d'eux une constitution de moindre résistance. Ou bien encore, l'explication des états successifs du malade observé n'acquiert sa valeur et sa clarté qu'avec l'aide du dessin ou de la photographie. On comprend que, dans cette étude de plusieurs générations, dans ces descriptions par l'image, on arrive à dénommer clairement, quoique indirectement, la famille et le sujet. Engage-t-on pour autant sa responsabilité civile ? Le tribunal de Bordeaux a répondu affirmativement : « Attendu que la science et l'humanité sont intéressées au plus haut degré, dans le but d'assurer les progrès de l'art de guérir, à ce qu'une certaine publicité soit donnée pour des cas spéciaux et peu connus, aux observations médicales ; qu'à la vérité, dans les communications de cette nature, les médecins doivent s'abstenir de toute désignation qui permettrait de reconnaître l'identité du malade... (1) ».

De l'étude de ces différentes espèces, il résulte que

(1) Tribunal de Bordeaux, 19 juillet 1892, sous Cass. Requêtes, 9 avril 1895. S. 1896, 1. 81 et la note de M. LE POITTEVIN.

lorsqu'il s'agit de simples particuliers, la faute se confond avec le préjudice et que le romancier ou le savant seront responsables chaque fois qu'ils auront, par une désignation suffisamment précise, causé un préjudice quelconque.

Aux simples particuliers s'opposent les « hommes publics », ceux qui ont joué un rôle durant leur vie ; ces personnalités tombent dans le domaine public : on a le droit de discuter leurs actes et aussi leurs tendances, leur caractère et même jusqu'à leur santé, si d'elles dépendent les affaires de tous. Si, à la rigueur, la science peut se contenter de signes conventionnels ou d'initiales, l'histoire, elle, « n'a de couleur et de vérité que si elle met en scène les personnages réels avec leurs caractères et leurs œuvres (1) ». Dans ce domaine, la désignation de la personne ne peut donc plus servir de critérium : elle ne peut suffire, à elle-seule, à constituer l'historien en faute.

Qu'est-ce donc que les tribunaux prendront en considération ?

Si nous passons en revue les différentes décisions qui ont été rendues jusqu'à ce jour, nous trouvons toujours la même cause de responsabilité : l'inexactitude des faits rapportés. La jurisprudence précise les sources de cette inexactitude : d'une part, l'imagination de l'écrivain qui a pu déformer les faits ; d'autre part, la légèreté avec laquelle il a accueilli les documents qu'il a publiés sans prendre le soin de les contrôler.

Voici cette jurisprudence :

a) Lissagaray, dans son livre intitulé *Histoire de la*

(1) LE POITTEVIN. — Note sous Cass. requête, 9 avril 1895, précité.

Commune de 1871, prétendait qu'un chirurgien de Paris, professeur à la Faculté, avait introduit des soldats dans son hôpital et leur avait fait emporter un malheureux fédéré blessé pour le fusiller. Cette imputation était fausse : déjà, de son vivant, le docteur Dolbeau avait sollicité une enquête officieuse, qui avait établi le mal fondé des reproches qu'on lui avait adressés ; après sa mort, ses héritiers avaient répondu à des articles qui avaient continué à s'attaquer à la mémoire de leur auteur. Lissagaray ne pouvait ignorer ces faits. Traduit devant le tribunal civil de la Seine, il fut condamné à raison de la légèreté dont il avait fait preuve : « ...Attendu que, sans doute, ceux qui entreprennent d'écrire l'histoire ont entière liberté de rapporter et d'apprécier selon leurs vues les faits dont ils prétendent fixer le souvenir... Attendu que l'écrivain excède son droit lorsqu'il relate des faits inexacts, bien qu'il ait été mis en demeure d'en reconnaître l'inexactitude et qu'il ait eu les moyens de les contrôler ; qu'il commet alors une faute et qu'il engage par là sa responsabilité civile... (1) ».

Le même tribunal se prononçait encore dans le même sens, le 3 août 1895, pour des motifs analogues (2).

b) Peu de temps après le suicide du colonel Henry, au Mont-Valérien, M. Joseph Reinach publia, dans le *Siècle*, une série d'articles dans lesquels il cherchait les raisons déterminantes de la conduite du colonel. Il arrivait à cette conclusion que le colonel avait dû être le complice d'Esterhazy, en l'aidant à vendre des do-

(1) Tribunal de la Seine, 10 mars 1897 (D. P. 97. 2. 135).

(2) Seine, 3 août 1895 (Monit. Lyon, 31 décembre 1895. *Gaz. Pal.*, 96. 1. V^o cit. nos 60-61).

cuments à l'étranger. Or, au même moment, la Cour de Cassation suivait une enquête régulière dans le but de rechercher la vérité. M. Reinach avait en conséquence un moyen légal et régulier de faire la lumière sur ses doutes, en les soumettant à l'autorité légitime investie du pouvoir de contrôler ses imputations et d'en vérifier l'exactitude. En ne le faisant pas, il avait commis une faute, aussi fut-il condamné par le tribunal de la Seine, par jugement du 12 juin 1902; la Cour d'appel confirma le 28 mai 1903 (1). « ...Attendu qu'il suffit qu'un fait dommageable se soit produit; que ce fait consiste dans l'imprudence de Reinach qui, sans avoir les preuves de la complicité d'Henry et d'Esterhazy, a affirmé cette complicité et a continué sa publication malgré la protestation de la veuve Henry. »

c) Dans un numéro du journal l'*Opinion*, M. Jacques Boulanger avait publié un article sur George Sand, au cours duquel il avait été amené à parler de la vie privée et des amants de l'écrivain. Assigné devant le tribunal civil par l'héritière de G. Sand, il fut acquitté car il n'avait commis aucune faute.

Le tribunal précisa que M. Boulanger n'avait pas outrepassé ses droits en parlant de la vie privée de G. Sand, car il s'agissait d'histoire littéraire; or, « il est impossible de parler d'une œuvre sans l'éclairer à la lumière des phases de la vie de son auteur », surtout lorsqu'on est en présence d'une personnalité aussi complexe que celle de G. Sand, qui « déborde de toute part dans ses œuvres où elle se met en scène constamment, s'impose dans ses écrits autobiographi-

(1) Cour de Paris, 28 mai 1903 (D. P. 1906. 2. 266).

ques comme elle se révèle sans détours dans son abondante correspondance, dont elle a pris soin d'ailleurs d'assurer la publication dans l'avenir... ».

Mais surtout les juges du fait reconnurent que M. Boulanger n'avait dit que la stricte vérité : dans ces conditions, l'appréciation qu'il avait formulée sur la vie privée de George Sand ne pouvait le constituer en faute : « ...Attendu, en principe, que l'historien, le critique a pleine liberté de rapporter et d'apprécier, suivant ses vues, les faits dont il entend fixer le souvenir ; qu'il n'a d'autre limite que l'imputation malveillante émise avec l'intention de nuire, mais qu'il commet une faute engageant sa responsabilité lorsqu'il relate des faits inexacts... ; que l'appréciation de faits véridiques, quelle qu'en soit la forme, sans aménité, voire même incisive ou acerbe, ne saurait engager la responsabilité de l'écrivain qui dispense l'éloge et le blâme au gré de ses convictions ou de ses sentiments et dont le jugement, formulé en toute liberté, ne relève que de l'opinion publique ».

La Cour d'appel de Paris adopta ces motifs et confirma le jugement du tribunal de la Seine (1).

d) En 1931, M. Raymond Recouly faisait paraître un ouvrage intitulé *Joffre*, au cours duquel il était amené à expliquer les raisons pour lesquelles Joffre, quelques jours avant la Marne, avait été obligé d'enlever son commandement à Lanrezac. Le commandant de Lanrezac estima que la mémoire de son père était atteinte et intenta un procès à M. Recouly, lui repro-

(1) Cour de Paris, 15 janvier 1932 (S. 32. 2. 119. D. 32. 2. 119 et la note de M. Henri Lalou). V. également *Le Correspondant*, 10 avril 1932 : H. LALOU, *Les Droits de l'Histoire et la Mémoire des Morts*, p. 38 et suiv.

chant notamment d'avoir commis des erreurs de fait inadmissibles après tout ce qui avait été antérieurement publié et surtout d'avoir tracé un portrait et présenté les actes du général de Lanrezac dans des termes qu'il n'eût pas employés s'il avait complètement examiné les questions qu'il traitait. Il fut débouté devant le tribunal de la Seine par jugement en date du 3 janvier 1934 (1) « ...Attendu que l'historien a, en principe, pleine et entière liberté d'exposer les faits et d'apprécier, selon ses vues personnelles, les actes, l'attitude et le caractère des hommes qui ont joué un rôle dans les événements dont il entend fixer le souvenir; qu'il ne commet une faute de nature à engager sa responsabilité que lorsqu'il relate des faits inexacts, inventés ou déformés par lui ou accueillis avec une inexcusable légèreté, ou lorsque son œuvre s'inspire d'un esprit de dénigrement systématique, marquant son intention de nuire à ceux dont il parle ou à leur mémoire...; attendu qu'il n'est pas établi que Recouly ait rapporté des faits inexacts, inventés par lui de toutes pièces, ou même simplement déformés ou accueillis avec une impardonnable légèreté; qu'il a puisé sa documentation soit dans des ouvrages antérieurement publiés, soit dans les déclarations de témoins, dont certains, parmi les plus grands et les plus illustres, n'ont pas hésité, à l'occasion du procès actuel, à confirmer l'exactitude de ses dires; attendu, dès lors, que sa sincérité et sa bonne foi dans la recherche objective de la vérité historique, que nul ne peut se flatter encore d'avoir dégagée avec une entière certitude en ce qui concerne des événements si

(1) *Gaz. Pal.*, 1934. 1. 541.

complexes et relativement si récents, ne paraît pas douteuse... »

M. Henri Lalou, dans sa note sous l'arrêt de la Cour de Paris, du 15 janvier 1932, résumait la situation dans cette phrase : « C'est le but poursuivi, et la correction avec laquelle on le poursuit, qui permettent de déterminer s'il y a usage normal ou abus du droit ».

*
**

Ces derniers mots nous amènent à parler de l'application à notre matière de la théorie de l'abus des droits.

Bien que cette théorie ait été vivement discutée par de bons esprits (1), il faut reconnaître qu'elle a pris, depuis une trentaine d'années, un développement extraordinaire et qu'elle a été consacrée à de nombreuses reprises par notre jurisprudence (2).

(1) V. SOURDAT. — *Traité général de la Responsabilité*, t. I, n° 439-440.

— ESMEIN, note sous Cass. req., 29 juin 1897 (S. 1899. 1. 17).

— PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*, t. II, n° 871.

— Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VI (1930), n° 573 et suiv.

— DESSERTAUX. — Abus de droit ou conflit de droits, dans la *Revue de Droit civil*, 1906, p. 119.

— CAPITANT. — *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1928, p. 365 et note sous Conseil d'Etat, 17 juillet 1925 (D. P. 1926. 3. 9).

— RIPERT. — *La Règle morale dans les Obligations civiles* (1927), p. 33.

— EM. LÉVY. — Responsabilité et contrat, dans la *Revue critique*, 1899; p. 361 et suiv.

— JOSSERAND. — *De l'Abus des Droits*, p. 73.

— JOSSERAND. — *De l'Esprit des Droits et de leur relativité*, n° 241 et suiv.

— SALEILLES. — *Théorie de l'Obligation*, 1^{re} édit., p. 346, 2^e édit., p. 368.

— H. et L. MAZEAUD. — *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, p. 94 et suivantes.

(2) V. la jurisprudence rapportée par DEMOGUE, *Traité des Obligations*, tome IV (1924), p. 317 à 354.

La Déclaration des Droits de l'Homme elle-même, cependant imbue d'un esprit profondément individualiste, avait prévu, en posant le principe de la liberté de la pensée, les abus qui pourraient en découler (1).

En effet, le droit d'exprimer sa pensée ne saurait être absolu : parce qu'il doit appartenir à tous il se heurte, dans son application, à d'autres attributs — également essentiels — de la personnalité humaine. Il constitue, ainsi qu'on l'a fait remarquer, une arme à plusieurs tranchants dont le maniement est dangereux pour autrui. Si cette liberté, à la fois bienfaisante et redoutable, est mise au service de fins illégitimes, elle est transformée en licence : l'exercice du droit fait place à l'abus et la responsabilité de l'agent est engagée du fait du préjudice causé à autrui.

Aussi on comprend que le législateur lui-même ait prévu ces abus : nous les trouvons réprimés sous le nom de délits de presse dans la loi du 29 juillet 1881.

La pratique révèle l'insuffisance de cette loi : sa sphère d'application est trop étroite. Peut-on suppléer à son silence et étendre le principe de la responsabilité à tous les cas où il y a abus caractérisé ?

Une réponse affirmative n'est pas douteuse, car « le législateur de 1881 n'a pas entendu faire échec aux principes généraux de la responsabilité et il a laissé aux articles 1382 et suivants du Code civil toute leur autorité et tout leur vaste domaine d'application (2) ».

Il suffit donc de trouver le critère de l'abus du droit.

(1) V. art. 11 : « ... sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

(2) V. JOSSEMAN. — *De l'Esprit des Droits et de leur Relativité*, n° 161.

Dans cette recherche, on peut s'arrêter à l'intention de nuire et dire que le critique, l'historien engagent leur responsabilité chaque fois qu'ils agissent dans une intention de dénigrement injuste et d'exagération malveillante. C'est ce que laissait sous-entendre le tribunal de la Seine, dans les espèces que nous avons rapportées (1) : l'historien commet une faute lorsque l'esprit de dénigrement systématique qui se dégage de son œuvre témoigne de son intention de nuire ou — comme disait Pothier — de sa « malignité ».

L'intention de nuire semble constituer une pierre de touche infaillible : c'est elle qui, historiquement, a été à la base de la théorie et encore aujourd'hui elle se place au premier rang (2) : en pratique, l'abus est dénoncé par l'intention de nuire.

Mais ce critère est jugé insuffisant par bon nombre d'auteurs (3). Aujourd'hui, on tend à substituer, à ce critère purement intentionnel, un critère fonctionnel, tiré de l'esprit du droit, de la fonction qui lui est dévolue (4). On part de cette idée que toute prérogative, tout pouvoir juridique sont sociaux dans leur origine, dans leur essence, et jusque dans la mission qu'ils sont destinés à remplir. Il suffit de rechercher

(1) V. *supra*, p. 145 et 146.

(2) Il semble que le droit romain ait identifié l'abus des droits avec l'intention de nuire.

Ce n'est pas pour causer un dommage à autrui que les Pouvoirs publics nous investissent de prérogatives; ce dommage peut bien être un « résultat » de nos actes, il ne saurait constituer un « but » licite.

L'article 148 du nouveau Code civil de la Chine proclame que « l'exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui ».

(3) V., notamment, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 1899, p. 544.

Risques et responsabilité, dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 812 et suiv.

(4) JOSSEERAND, *op. cit.*, p. 368 et suiv.

le mobile auquel le titulaire du droit a obéi, la fin qu'il s'est proposé d'atteindre et de confronter ce mobile et cette fin avec l'esprit, la fonction du droit en cause : s'il y a concordance, le droit a été exercé normalement, donc impunément ; s'il y discordance, l'usage se révèle abusif et la responsabilité de l'agent est susceptible d'entrer en jeu (1). Or, que demande-t-on à l'historien, au critique, sinon de se faire les champions de la vérité, de rappeler les faits du passé pour servir de leçon à la postérité ?

Si, en décrivant et surtout en répandant des inexactitudes, ils visent plus à s'attaquer à un personnage historique qu'à faire œuvre utile pour la collectivité, ils détournent leur droit de sa fin normale et ainsi engagent leur responsabilité.

Ainsi, qu'on admette l'un ou l'autre critère, on en revient à la formule de M. Henri Lalou : le but poursuivi et la correction avec laquelle on le poursuit.

Dans ces conditions, que faut-il penser de l'application de la théorie de l'abus des droits à notre matière ?

Apparemment elle n'apporte rien de nouveau ; aussi sommes-nous tenté de dire, avec M. Demogue : « Que l'article 1382 est assez large pour comprendre même l'abus du droit qui, pour nous, n'est qu'une variété d'acte illicite.

« Si l'abus du droit a des limites variées suivant les cas, cela n'est pas une objection contre notre théorie, car la limite du droit se place différemment

(1) V. JOSSEMAND. — *Cours de Droit civil positif français*, 2^e édit., tome II, 1933, p. 226.

Voir également le Code civil soviétique de 1923, dont l'article 1^{er} proclame que « les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans les cas où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ». (*Code civil des Soviets*, traduit par Patouillet et Dufour, Paris, 1925).

suivant les intérêts en présence. L'élément subjectif de la faute varie suivant les cas, en tenant compte de ce qu'il faut plutôt encourager ou plutôt réfréner tel genre d'activité (1). »

§ 2. — *Domaine d'application de l'action
basée sur l'article 1382*

Nous avons dit qu'il fallait se défier de l'action civile de l'article 1382, car elle peut constituer un moyen de tourner la loi et d'en éluder les dispositions. Ainsi, la personne lésée par une diffamation, ou une injure envers la mémoire d'un mort qui aura laissé se prescrire l'action publique — et par là-même l'action civile née du délit (2) — sera tentée de ne retenir que la simple faute pour poursuivre le diffamateur devant les tribunaux civils, en vertu de l'action de l'article 1382 qui, elle, ne se prescrit que par trente ans. Sera-t-elle libre d'agir ainsi ?

La loi de 1881 ne prévoit pas cette fraude, mais la jurisprudence s'en occupe : elle n'admet l'action de l'article 1382 qu'en l'absence de délit pénal caractérisé. Les dispositions de la loi en matière de compétence, comme en ce qui concerne la prescription, sont d'ordre public : il n'appartient pas aux particuliers d'y déroger.

Aussi il importe peu que, dans ses conclusions, le demandeur vise expressément l'article 1382 (3) : le juge

(1) DEMOGUE, *op. cit.*, p. 373, 374.

(2) Conformément aux articles 637, 638, 639 et 640 du Code d'instruction criminelle.

(3) V. Seine, 6 juin 1931 (*Gaz. des Trib.*, 1931, 2. 114) : il est de principe constant que toute action née de faits réunissant tous les éléments constitutifs d'une infraction à la loi de 1881 se prescrit par trois mois, quelle que

doit, dans tous les cas, examiner si le fait invoqué constitue le délit prévu par l'article 34 de la loi de 1881. Dans l'affirmative, ce sont les règles de l'action civile née du délit qui doivent être appliquées : tous les subterfuges qu'emploierait le demandeur pour les éluder sont donc inutiles.

C'est au juge saisi de l'action qu'il appartient de faire respecter les dispositions légales. S'il estime se trouver en présence du délit de l'article 34, il doit tout de suite envisager la question de la compétence : le défunt était-il fonctionnaire ? C'est alors à la Cour d'assises à connaître de l'affaire. S'agit-il, au contraire, d'un simple particulier ? Le tribunal reste compétent, mais les règles d'exercice de l'action civile née du délit s'imposent à lui : prescription de trois mois, interdiction de faire la preuve de la vérité des faits allégués.

Le champ d'application de l'action de l'article 1382 est donc des plus réduits, puisqu'il est subordonné à l'absence de délit pénal légalement constitué. Ce sera le cas, notamment, lorsque l'auteur de l'imputation injurieuse ou diffamatoire n'avait pas l'intention de nuire aux héritiers : ceux-ci auront toute liberté d'agir au civil. Leur action pourra être exercée pendant trente ans, le tribunal civil sera toujours compétent, qu'il s'agisse d'un fonctionnaire ou d'un simple particulier, mais il devra admettre, dans tous les cas, la preuve de la vérité des imputations, puisque c'est leur inexactitude qui constituera la faute du défendeur.

soit la qualification que le demandeur en dommages-intérêts donne à ces faits dans son assignation.

« ... Attendu que le sieur K... n'est pas maître de la qualification de son action ; qu'il appartient au tribunal d'en rechercher la nature véritable et de restituer aux faits leur véritable caractère... »

Comment l'absence de délit pénal sera-t-elle constatée ? Elle sera reconnue soit par les tribunaux répressifs, soit par les tribunaux civils.

Par les tribunaux répressifs, lorsque le prévenu a été relaxé par le tribunal correctionnel. Cette décision suppose que, par suite soit de l'absence d'une condition requise par l'article 34, soit d'une amnistie, il n'y a pas de délit ; suivant la maxime « le criminel tient le civil en état », cette affirmation s'impose aux juges civils. L'action civile pourra néanmoins aboutir à une condamnation à des dommages-intérêts, car il a pu rester à la charge de l'ex-prévenu, devenu défendeur, un quasi-délit.

Par les tribunaux civils eux-mêmes : en l'absence de toute décision antérieure d'un tribunal répressif.

C'est le cas lorsque le défendeur soulève l'incompétence du tribunal ou bien prétend qu'il y a prescription (1). De même lorsque les conclusions du demandeur visent à la fois l'article 34 de la loi de 1881 et l'article 1382 du Code civil (2).

Mais, plus généralement, le tribunal civil doit encore examiner si le fait ne constitue pas un délit, alors même que personne ne soulève cette question ; il ne doit pas s'arrêter aux conclusions du demandeur, il n'est pas lié par elles et son rôle est justement de déjouer les calculs faits en vue de tourner la loi. Donc, chaque fois qu'un tribunal répressif n'aura pas

(1) V. Seine, 3 janvier 1934, précité : M. Recouly prétendait que la prescription de trois mois était acquise. Le tribunal précisa, dans son jugement, que la loi de 1881 était inapplicable en l'espèce et que seule la prescription trentenaire pouvait jouer.

(2) V. Seine, 28 janvier 1928, précité : M^{me} Lauth-Sand avait basé ses prétentions sur l'article 34 et sur l'article 1382, le tribunal déclara que la loi de 1881 ne pouvait être invoquée, car le défendeur n'avait eu nullement l'intention de nuire aux héritiers qu'il ignorait.

tranché la question, les juges civils saisis d'une demande de dommages-intérêts devront obligatoirement considérer si les faits invoqués ne sont pas susceptibles de constituer le délit prévu par l'article 34 de la loi de 1881.

Ce n'est qu'après avoir résolu cette question qu'ils pourront se prononcer sur la légitimité des prétentions du demandeur.

CHAPITRE III

LE DROIT DE RÉPONSE

Au cours de la séance, tenue le 22 prairial an VII, par l'Assemblée des Cinq-Cents, Dulaure, « auteur prolifique, pamphlétaire prolix (1) », émit, le premier, l'opinion que la voie judiciaire pouvait ne pas satisfaire absolument les besoins de protection des intéressés : « Le moyen répressif est juste, mais est-il suffisant ? Je ne le crois pas ; il est des individus qui craignent la calomnie, mais qui craignent encore plus les procès ; il est des calomnies qui ne valent pas la peine d'être dénoncées aux tribunaux ; il est des calomniateurs tellement méprisables qu'on dédaigne de les traduire en justice. Il faut un moyen supplétif à l'action de la loi et des tribunaux, et les rédacteurs de journaux sont principalement ceux que vous avez en vue dans cette discussion ; ils peuvent dispenser des représentations, distribuer justement ou injustement la gloire ou le blâme, créer, fortifier, irriter, soulever les partis, causer, enfin, des maux incalculables. Il est une obligation à laquelle il faut les astreindre : c'est de les forcer à insérer la réponse de tout citoyen qui aura à se plaindre d'un article inséré dans le journal. Cette proposition est évidente ; elle n'attente en rien à la liberté de la presse, mais la ré-

(1) PERRAUD-CHARMANTIER. — *Le Droit de réponse en matière de presse*, p. 48 : « c'était sans nul doute un homme de conscience et de mérite : journaliste, il décèle les abus du journalisme lui-même et il aura le courage de demander qu'il y soit porté remède. »

gularise... Un journal ne devient pas ainsi l'arme d'un parti, mais une arène dans laquelle l'accusateur et l'accusé ont une place égale; la malveillance et l'influence du journaliste seront ainsi neutralisées, les lecteurs des journaux ne seront plus trompés, mais deviendront juges d'une cause qui leur sera soumise (1) ».

Ces paroles devaient aboutir à la création, par l'article 11 de la loi du 25 mars 1822, de l'institution connue sous le nom de « droit de réponse » (2). On sait qu'il consiste dans la faculté pour toute personne, désignée dans un journal ou écrit périodique, d'obliger le propriétaire ou l'éditeur à insérer sa réponse dans les trois jours, ou dans le plus prochain numéro, sous peine d'une amende et sans préjudice des autres peines et dommages-intérêts auxquels l'article incriminé pourrait donner lieu.

Cette institution originale, créée par le législateur français, est particulièrement intéressante. Elle complète heureusement la protection de l'honneur des individus assurée par l'action en diffamation; de l'avis unanime des auteurs (3) et de la jurisprudence (4), les deux actions se cumulent: l'action en diffamation ne saurait être écartée par le motif que le gérant a inséré la réponse du plaignant, de même que l'annonce que ferait, dans sa réponse, la personne nom-

(1) *Moniteur universel* du 30 prairial an VII, p. 1100.

(2) On trouvera la relation des débats auxquels l'article 11 a donné lieu, dans PERRAUD-CKARMANTIER, *op. cit.*, p. 53 et suiv.

(3) BAZILLE et CONSTANT, n° 73; CHASSAN, *op. cit.*, p. 452; DORÉ, *Du Droit de réponse en matière de Presse*, thèse, Paris 1902, p. 11; DUTRUC, *op. cit.*, n° 83; FABREGUETTES, *op. cit.*, p. 194, n° 465-466; DE GRATTIER, *op. cit.*, tome II, p. 108; PARANT, *op. cit.*, p. 151.

(4) Cas., 15 février 1834 (S. 1834. 1. 80), Cas., 18 novembre 1892 (D. P. 1894. 1. 139).

mée qu'il est dans son intention de poursuivre le diffamateur en justice ne saurait autoriser le gérant à se refuser à l'insertion de cette réponse ; pas plus, d'ailleurs, que si cette plainte avait déjà été formée, eût-elle échouée.

Chacune des deux actions a son caractère propre, son utilité spéciale. Le droit de réponse présente de grands avantages : s'il n'est possible qu'à l'égard d'un journal périodique (alors que l'action en diffamation a un domaine plus général, puisqu'elle embrasse tous les cas de publicité prévus par les articles 23 et 28 de la loi de 1881), par contre il peut être exercé en dehors de toute allégation diffamatoire ou injurieuse : il suffit que la personne soit nommée (ou même assez clairement désignée pour se reconnaître) dans un article, fût-ce même en termes élogieux.

Mais, surtout, le droit de réponse s'exerce normalement sans que la personne soit obligée de mettre la justice en mouvement : les tribunaux n'interviennent qu'au cas de refus d'insertion.

Il y a donc là un moyen de protection pratique et largement ouvert, qui n'entraîne ni les frais, ni le scandale d'une poursuite en justice.

Aussi on conçoit facilement qu'on ait songé à l'appliquer aux attaques dirigées contre la mémoire des morts. Puisqu'un défunt est nommé dans un journal ou écrit périodique, pourquoi ses héritiers ne pourraient-ils pas exiger l'insertion de leur réponse ?

Cette perspective souleva de véhémentes protestations de la part des défenseurs des droits de l'histoire, qui présentaient à l'appui de leur thèse des arguments relativement sérieux. S'ils brossaient un tableau, peut-être trop sombre, de l'avenir que leur réserverait

l'exercice du droit de réponse par les héritiers et s'ils exagéraient quelque peu les inconvénients qui en résulteraient, ils voyaient juste lorsqu'ils disaient que le droit de réponse ne serait que d'un secours bien incertain pour l'histoire.

En effet, ce droit ne peut servir la vérité qu'à la condition d'être manié impartialement, alors qu'il est à craindre qu'il ne soit, le plus souvent, l'instrument de la vanité, d'un besoin de popularité ou d'un esprit puéril de contradiction. Loin de la seconder, il rendrait malaisée la tâche de l'historien, du journaliste, du chroniqueur, qui ne pourraient plus rappeler des faits, même lointains et universellement connus, sans s'exposer à un envahissement de leur publication par la prose des descendants d'un personnage historique, désireux de faire connaître leur existence et d'opposer à la version généralement, scientifiquement acceptée, leurs vues personnelles. Ce qui peut être — à la rigueur — reconnu à la personne nommée, parce qu'elle est mise au cause et qu'elle doit avoir le droit de se défendre, ne saurait l'être à ses successeurs qui, d'une part, ne ressentent pas l'attaque avec la même acuité et qui, d'autre part, ne peuvent pas apporter à leur dénégation la même précision.

Ainsi donc l'exercice du droit de réponse par les héritiers constitue un droit exorbitant qui ne peut être admis qu'en présence d'une disposition formelle de la loi positive (1). Or, si aujourd'hui nous avons un texte précis qui ne laisse aucune place à la controverse, il n'en fut pas toujours ainsi : les différents

(1) La loi de 1822 qui créa le droit de réponse, ne songea pas à en accorder formellement l'exercice aux héritiers : ceux-ci, en présence de ce silence, ne pouvaient donc certainement pas prétendre profiter de cette nouvelle voie

systèmes législatifs qui se sont succédés depuis un siècle ont donné lieu à des divergences d'interprétation importantes à l'étude desquelles il nous faut consacrer ce chapitre, qu'on pourrait doter du titre que M. Eloy (1) décerne à la lutte de la critique contre le droit de réponse : « Histoire d'une guerre de Cent ans ».

SECTION PREMIÈRE

La Loi du 29 juillet 1881

C'est M. Pelletan qui, dans le but de donner satisfaction au respect qu'on doit à la famille et à celui auquel a droit l'histoire, fit ajouter à l'article 34 un paragraphe ainsi conçu : « Ceux-ci... [les héritiers]... pourront toujours user du droit de réponse prévu par l'article 13... ».

En vertu de ce texte, les héritiers, en plus de l'action en diffamation, jouissaient donc du droit de réponse. Seule, cette affirmation ne souffrait aucune difficulté, car lorsqu'il s'agissait de déterminer à quelles conditions les héritiers pouvaient exercer leur droit, cette belle certitude disparaissait bientôt et toutes les hésitations étaient permises.

Il faut reconnaître que les termes employés dans la loi, en particulier le mot « *toujours* », prêtaient à confusion et rendaient possibles toutes les interprétations.

C'est ce qui ne manqua pas de se produire et on ne compte, à ce propos, pas moins de trois systèmes

(1) ELOY (Maurice), dans la revue *Les Etudes*, numéro du 20 janvier 1931.

différents: l'un excessivement large, le deuxième étroit et le troisième intermédiaire entre eux.

§ 1^{er}. — Dans le premier système, on prenait le paragraphe 2 de l'article 34 à la lettre: les héritiers auront toujours le droit de réponse, c'est-à-dire dans tous les cas où le défunt l'aurait eu lui-même. Il suffisait donc que le nom de leur auteur ait été cité dans un journal ou écrit périodique pour donner ouverture à l'exercice du droit de réponse à leur profit. La seule mention du nom du mort, fût-elle indifférente, non péjorative, ou même élogieuse, justifiait la prétention des héritiers. « Cette manière d'interpréter la seconde partie de l'article 34 conduirait à légitimer une réponse d'un membre de la famille Bonaparte, chaque fois qu'un journal imprimerait le nom de Napoléon! (1) »

Aussi ce système, trop absolu, et qu'on a qualifié d'absurde, n'a été préconisé que par quelques auteurs (2).

§ 2. — Dans un second système, on raisonnait ainsi: le mot « toujours » n'a pas trahi la pensée du Parlement. On peut reprocher au législateur de n'avoir pas

(1) MAZE (D.). — *Le Droit de réponse*, thèse, Paris 1900, p. 69.

(2) BONNIER, *Traité des Preuves*, 5^e édit., p. 77, n^o 94 bis; GIRAL, *op. cit.*, p. 110; PHILIPPOTEAUX, *op. cit.*, p. 130 et suiv.; TIMBAL, *op. cit.*, p. 120; JAUBERT (J.), *Le Droit de réponse en matière de presse*, thèse Paris 1901, p. 111 à 117; FAIVRE et BENOIT-LÉVY, *op. cit.*, p. 168.

Ces derniers auteurs ajoutent, néanmoins: « Nous donnons cette interprétation parce que c'est celle qui paraît résulter nécessairement de l'emploi du mot « toujours ». Mais nous ne l'approuvons pas et nous espérons que la jurisprudence saura limiter ce droit excessif qui entraverait et annihilerait la liberté de critique qui est l'apanage de l'historien. Nous ne pouvons trop engager les plaideurs et les magistrats à se bien pénétrer des paroles de M. Pelletan. Ils y trouveront certainement la preuve que le mot « toujours » a trahi la pensée de la Commission, de son rapporteur et du Parlement tout entier ».

été assez clair, mais l'erreur doit être recherchée chez les interprètes, qui isolent le mot « toujours » pour nous dire qu'il n'est conciliable avec aucune exception ni restriction. Les mots n'ont pas seulement un sens par eux-mêmes, mais aussi par la place qu'ils occupent dans une phrase et surtout par ce qui les précède et ce qui les suit. Le mot « toujours » venant à la fin du texte doit trouver son explication dans l'article entier.

Donc, pour être sainement interprété, le deuxième paragraphe doit être rapproché du premier, dont il ne forme qu'un corollaire et le véritable commentaire de l'article 34 est celui-ci : le législateur, dans l'un comme dans l'autre, envisage une seule hypothèse, celle où l'imputation dirigée contre le défunt constitue le délit d'injure ou de diffamation. Il pose une condition pour qu'elle soit punissable : c'est que l'auteur de la diffamation ou de l'injure ait eu l'intention de nuire aux héritiers. S'il a inscrit le mot « toujours » dans le second paragraphe, c'est afin de supprimer, pour l'exercice du droit de réponse, la restriction mise aux poursuites pénales.

Ainsi, la diffamation envers la mémoire des morts n'est punissable que si elle a été faite dans le but de nuire aux héritiers ; mais ceux-ci auront toujours, c'est-à-dire que l'intention de les atteindre existe ou non, l'exercice du droit de réponse.

Cette opinion, qui exigeait l'existence d'une injure ou d'une diffamation envers le mort, fut suivie par la majorité des auteurs (1).

(1) AZARD, p. 119 ; BARBIER, 1^{re} édit., t. II, p. 91 ; 2^e édit., n° 550 ; BOUDET, p. 79 ; CELLIER et LE SENNE, p. 725. Circulaire ministérielle du 9 novembre 1881 (D. P. 1881. 3. 106) ; CLÉRISSE (R.), *Des limitations au Droit de réponse*, thèse, Paris, 1913, p. 111 et suiv. ; CHAIX D'EST-ANGE, *Discours et Plaidoyers*, vol. III, p. 457 ; DALLOZ, Répert., *loc. cit.*, n° 1028 ; DUTRUC, p. 134, n° 250 ;

§ 3. — La Cour de Cassation opta pour un troisième système, intermédiaire entre les deux précédents. Selon la Cour suprême, la corrélation entre les deux parties de l'article 34 doit être maintenue, mais elle doit être entendue d'une manière différente de celle adoptée par les auteurs. Elle aboutit à attribuer au droit de réponse des héritiers un champ d'application plus vaste que celui qui lui est accordé par la doctrine, sans toutefois aller jusqu'à la solution préconisée par le premier système.

Pour la Cour de Cassation, il faut accorder le droit de réponse, non pas toutes les fois que le défunt aura été simplement désigné, mais chaque fois qu'il y aura eu une imputation d'un fait contraire à son honneur ou à sa considération, sans exiger que les éléments du délit de diffamation soient réunis.

Du moment que la relation du fait est de nature à porter atteinte à la mémoire du mort, les héritiers doivent pouvoir user du droit de réponse, alors même qu'il n'y aurait pas eu de délit de diffamation légalement caractérisé, que la relation des faits, par exemple, serait faite objectivement avec modération et dans le seul souci de la vérité historique.

Cette théorie fut élaborée à l'occasion du procès intenté au *Petit Journal* par les héritiers du général de Bourmont. Un article paru dans le numéro du 15 mars 1899 était intitulé : « Les secrets militaires » et rappelait la défection du général de Bourmont à Waterloo. L'auteur de cet article, M. Judet, n'avait nulle-

FABREGUETTES, t. I, n° 418, t. II, p. 483; HALLIER, p. 136; JOSSERAND, note sous Cass. au D. P., 1901. 1. 137; LE GRIX, rapport sous Cass. crim., 10 mai 1901 précité; LE POITTEVIN, t. I, n° 189; MAZE, p. 69; ROUX, note sous Cass. au S. 1903. 1. 105.

ment l'intention de diffamer le général de Bourmont. Il voulait seulement présenter aux lecteurs une étude théorique sur l'espionnage et la trahison; dans la préoccupation bien légitime de fortifier et de concrétiser l'exposé de ses vues personnelles par des exemples puisés dans nos annales militaires, il fut ainsi amené à parler — à titre purement documentaire — du rôle attribué, en 1815, au général de Bourmont.

Le petit-fils du général envoya une réponse que le gérant refusa d'insérer. Un procès s'ensuivit; le tribunal de la Seine, le 17 mai 1899 (1), renvoya le gérant des fins de la poursuite, sous prétexte que le droit de réponse ne s'appliquait que dans l'hypothèse même du premier paragraphe. C'était là une interprétation fort étrange et qui ne rencontra aucun écho. La Cour de Paris, par application du premier système, condamna le gérant le 15 novembre 1899. La Cour de Cassation, le 10 mai 1900 (2), rejeta le pourvoi qui avait été formé contre cet arrêt: « ...Attendu que le droit de réponse permet de repousser toute attaque injurieuse, toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne décédée à laquelle il est imputé; qu'il peut s'exercer pour défendre la mémoire de la personne attaquée et conserver intact son patrimoine moral, sans qu'il soit nécessaire que l'écrivain ait eu, en rédigeant son article, *une intention malveillante à l'égard du défunt* ou de ses héritiers...

« En fait: attendu que, bien que l'arrêt constate

(1) Seine, 17 mai 1899 (*Gaz. des Trib.*, 18 mai 1899).

(2) Cass. crim., 10 mai 1900 (S. 1903. 1. 105 et la note de M. Roux. D. P. 1901. 1. 137, avec le rapport du conseiller LÉ GRIX et la note de M. JOSSE-RAND).

que l'auteur de l'article, en rappelant les actions d'un personnage historique pour les discuter et les apprécier selon ses vues, n'a commis aucun délit, il est toutefois certain que l'écrivain impute au général de Bourmont un acte qui porte atteinte à son honneur; d'où il suit qu'en reconnaissant à Louis de Bourmont, héritier de ce général, le droit de réponse prévu par l'article 34, § 2, l'arrêt attaqué n'a fait, dans son dispositif, qu'une juste application de la loi... »

Cet arrêt souleva les plus vives critiques (1). Sans doute, il n'avait garde d'oublier le lien qui réunit les deux paragraphes de l'article 34 et, ce faisant, il évitait dans une certaine mesure — au moins théoriquement — les conséquences inacceptables d'un droit de réponse ouvert dans les mêmes conditions aux vivants et aux héritiers des défunts. Mais il est étrange que la Cour de Cassation, après avoir elle-même reconnu la corrélation entre les deux parties de l'article 34, assigne à chacune d'elles une portée différente et donne à la fin du texte une signification plus large qu'à son début, en l'appliquant à des faits qui, faute d'intention de nuire, ne constitueraient même pas un délit vis-à-vis d'une personne vivante.

Aussi ce système doit être rejeté; il ouvre d'ailleurs une trop large place au droit de réponse et ainsi une solution trop favorable aux héritiers, qui cadre mal avec l'esprit dans lequel l'article 34 tout entier a été rédigé. C'est parce que la loi de 1881 apportait une restriction considérable à l'action qui avait été accor-

(1) Il ne reçut l'approbation que de quelques auteurs isolés tels que : MAZE, *op. cit.*, p. 75, et DORÉ (R.), *op. cit.*, p. 47 et suiv.; PRUNET (F.) : *Le Droit de réponse dans le Régime actuel de la Presse*, thèse, Toulouse 1920, p. 44.

dée précédemment par la jurisprudence de la Cour de Cassation, que le législateur a cru bon d'accorder aux héritiers une compensation : il leur a donné la faculté nouvelle du droit de réponse qui, par une autre voie et sans mettre en jeu la répression pénale, leur permet d'obtenir une convenable réparation de la diffamation portée contre leur auteur.

*
**

Un autre point était également discuté : celui de savoir ce qu'il fallait entendre par « héritiers vivants ». Nous avons vu (1) qu'en ce qui concerne l'exercice de l'action en diffamation, on interprétait très largement cette expression. Fallait-il donc agir de même relativement à l'exercice du droit de réponse ? La majorité des auteurs étaient de cet avis et admettaient que tous les héritiers, sans distinction ni limitation de degré de parenté, étaient en droit d'exiger l'insertion de leur réponse.

Néanmoins, si cette solution était certaine, on était d'accord pour déplorer que le législateur n'ait pas songé à limiter ce droit aux héritiers du degré le plus proche, d'accord entre eux pour arrêter les termes d'une réponse unique (1). En effet, il ne s'agit point là d'un droit accordé en considération d'un dommage plus ou moins certain éprouvé par l'héritier, mais d'un moyen destiné uniquement à défendre la mémoire du défunt.

(1) Voir *supra*, p. 111.

(2) V. DALLOZ, *Répert.*, Vo cit. n° 1027. — DONAT, *op. cit.*, p. 47 et suivantes.

SECTION DEUXIÈME

La Loi du 29 septembre 1919

La loi du 29 septembre 1919 a modifié l'article 34, en remplaçant la disposition relative au droit de réponse par un paragraphe ainsi conçu : « Que les auteurs des diffamation ou injures aient eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants, ceux-ci pourront user, dans les deux cas, du droit de réponse prévu par l'article 13 (1) ».

Aujourd'hui, il existe donc une disposition claire et précise, en présence de laquelle aucune hésitation n'est possible.

De ce nouveau texte il résulte que, pour donner ouverture au droit de réponse, l'imputation incriminée doit présenter les caractères d'une diffamation ou d'une injure envers le défunt. Du moment que le délit est constitué à son égard, ses héritiers jouiront du droit de réponse. Si cette condition est nécessaire, elle est également suffisante : peu importe, à l'inverse de ce qu'on exige pour l'exercice de l'action en diffamation, que l'auteur du délit ait eu ou non l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers.

Somme toute, c'est la consécration pure et simple du système adopté par la majorité de la doctrine sous l'empire de la loi de 1881.

La volonté du législateur de condamner, dans le nouveau texte, la solution de la Cour de Cassation,

(1) Loi du 29 septembre 1919 (D. P. 1921. 4. 11, note 1, nos 10 à 13).

s'est affirmée très nettement dans les travaux préparatoires de la loi de 1919. Lors de la discussion du projet au Sénat, M. Dominique Delahaye avait déposé l'amendement suivant : « Les héritiers pourront également user du droit de réponse pour rectifier les allégations inexactes de nature à préjudicier à la mémoire du défunt, alors même que ces allégations n'auraient pas un caractère diffamatoire ». Ce texte s'inspirait donc directement du système de la jurisprudence. Le rapporteur, M. Savary, s'éleva énergiquement contre cet amendement et le combattit, parce qu'il « porte une atteinte sérieuse à l'article 34. Il y a un principe qui domine celui-ci, c'est qu'il doit y avoir diffamation ou injure envers la mémoire du défunt pour que les héritiers de celui-ci puissent engager une action correctionnelle ou user du droit de réponse ». Le Sénat, sanctionnant cette manière de voir, repoussa l'amendement Delahaye (1).

Mais il ya mieux : M. Savary critiqua expressément l'interprétation de la Cour suprême ; faisant allusion à l'arrêt de Bourmont, il accusa ses rédacteurs d'avoir méconnu les termes de l'article 29, en ce qui concerne la définition même de la diffamation, et de l'article 34 relativement à l'exercice du droit de réponse. Enfin, ce même rapporteur, précisant, dans un exemple, la portée du texte proposé écrivait : « Ce système n'ira pas jusqu'à donner le droit de réponse à un descendant — s'il existe — du duc Anne de Joyeuse ou du surintendant Fouquet, ou de tout autre personnage historique, parce qu'ils auront été mentionnés dans un article de critiques, même en termes

(1) *Journal officiel* du 20 décembre 1911, p. 1594-1586.

un peu désobligeants pour leur mémoire. Et ce ne sera pas malheureux. Il s'agissait de trouver une formule qui, écartant le fatal « toujours », ne laissât place à aucune équivoque ».

Il faut reconnaître que le but du législateur a été parfaitement atteint. Depuis la mise en application de la loi de 1919, la jurisprudence n'a plus marqué aucune hésitation et elle a toujours fait preuve d'une saine compréhension de l'article 34, § 2, ainsi qu'en témoignent ses différentes décisions.

*
**

Dans un article intitulé : « Le Drapeau blanc en Afrique » (1), M. de Valous avait rendu compte d'un livre consacré à la prise d'Alger et que venait de publier le prince Sixte de Bourbon. Au cours de sa critique, M. de Valous avait donné quelques appréciations personnelles sur l'amiral Duperré. Les héritiers de l'illustre marin envoyèrent une réponse que le gérant de la revue refusa d'insérer. Le tribunal correctionnel de la Seine, le 12 février 1931 (2), jugea qu'une poursuite n'était pas fondée, car l'article de M. de Valous ne renfermait ni injure, ni diffamation envers la mémoire de l'amiral : « ...Attendu que l'article de M. de Valous, écrit dans un langage modéré et dans un but de faire connaître un ouvrage publié par le prince Sixte de Bourbon, ne révèle aucune intention d'offenser la mémoire de l'amiral

(1) Article paru dans le *Correspondant*, n° 1623, du 10 mai 1930.

(2) Seine, 12 février 1931, Henry de Dompierre d'Hornoy c. Marteau (*Gaz. des Trib.*, 5 mai 1931, D. H. 1931, p. 159).

Duperré; *que le droit de réponse ne peut être exercé que si les injures ou la diffamation sont établies... »*

Le même tribunal se prononça encore dans le même sens le 31 décembre 1931 (1), et son jugement fut confirmé par la Cour d'appel de Paris le 22 mars 1932. « ...Considérant qu'en réalité Duperré, comme tous les hommes illustres, est entré dans l'histoire et que les critiques dont se plaint la partie civile ne sont que la rançon de la gloire... Considérant que la partie civile est d'autant moins fondée à se plaindre de ce refus que déjà, le 12 février 1931, le tribunal de la Seine s'était prononcé sur l'objet de ce même litige à la requête de M. Henry de Dompierre d'Hornoy... Considérant qu'il n'est pas inutile de remarquer que de tels procès intentés dans le but entièrement respectable d'éviter toute atteinte, même insignifiante, à la mémoire d'un parent illustre, sont de matière à perpétuer de vaines polémiques et à faire revivre imprudemment des critiques périmées; qu'ils peuvent, en outre, paralyser, chez les écrivains les plus sincères et les plus véridiques, la libre expression de leurs sentiments et les amener à dénaturer l'histoire des morts par crainte d'éveiller la susceptibilité des vivants; que le devoir des tribunaux est de modérer, dans ses excès, l'exercice du droit spécial de réponse régi par l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 et de n'en admettre l'usage que dans les limites strictement fixées par le législateur... (2) »

Ce fut également l'avis de la Cour de Cassation

(1) Seine, 31 décembre 1931, époux de Dompierre d'Hornoy c. le *Correspondant* (*Gaz. des Trib.*, 28 janvier 1932).

(2) Paris, 22 mars 1932 (D. P. 1932. 2. 119. D. H. 1932, p. 275 et la note de M. Henri Lalou).

qui, le 28 décembre 1933 (1), rejeta le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour de Paris.

Aujourd'hui, il est donc absolument certain que les héritiers d'une personne décédée n'ont pas le droit de réponse quand l'article incriminé est purement historique et que l'auteur, sans avoir l'intention de nuire ni aux héritiers (dont la plupart du temps il ignore jusqu'à l'existence) ni au mort, se borne à relater un fait historique avec modération et impartialité.

C'est une solution qui doit satisfaire les historiens. De plus, elle est conforme à la conception du droit de réponse, telle que l'a admise le législateur français. Loin d'être envisagé comme un élément de la vérité historique, une des voix multiples dont est faite la rumeur de l'histoire, le droit de réponse est avant tout considéré comme devant être une arme défensive (2), une riposte aux attaques de la presse. « Or, l'histoire digne de ce nom, la seule dont nous ayons à nous occuper ici et dont les franchises soient en question, ne saurait — par définition — faire œuvre agressive; elle n'attaque pas, elle fixe le souvenir des hommes et des choses du passé et elle les juge, diversement sans doute, suivant le tempérament et les tendances de chaque auteur, mais avec le respect et la sérénité qu'inspirent naturellement les êtres disparus et les événements accomplis; elle n'appelle donc pas le droit de réponse (3). »

*
**

(1) Cass. crim., 28 décembre 1933 (D. H. 1934, p. 70, *Gaz. Pal.* 1934, 1, 224, avec le rapport du conseiller Bompard).

(2) Répondre, c'est se défendre, V. LITTRE : « Répondre = parler ou écrire pour réfuter; opposer quelque chose comme défense ».

(3) JOSSEKAND. — Note sous Cass, 10 mai 1900, précité.

La loi de 1919 a également précisé ce qu'il faut entendre par « héritiers vivants ». Là encore, c'est l'opinion qui avait prévalu sous l'empire de la loi de 1881 qui l'a emporté : on doit entendre le mot « héritier » dans son sens large. Si bien qu'en un certain sens, la loi a élargi le droit de réponse, puisqu'elle l'accorde non seulement aux héritiers, mais encore à l'époux survivant et aux légataires universels (1). Il n'y a donc pas à se demander si ces derniers peuvent être ou non compris dans l'expression « héritiers » et ainsi il n'y a place pour aucune controverse.

(1) Cette extension se justifie parfaitement. En ce qui concerne l'époux survivant le motif s'en conçoit aisément. Quant au légataire universel, M. Guillaume Poulle a, pour faire voter cette disposition, insisté très justement sur ce fait que, du point de vue moral, on verra souvent le légataire universel continuer mieux la personne du défunt que l'héritier du sang (Sénat, 19 décembre 1911, *Journal officiel*, 20 décembre, p. 1585, rapporté par Perraud-Charmantier, *op. cit.*).

APPENDICE

Le droit de rectification de l'article 12 peut-il être exercé par les héritiers?

On sait que la loi de 1881 prévoit, dans son article 12, un droit, dit de rectification, qui se rapproche beaucoup du droit de réponse de l'article 13 de la même loi.

L'article 12 impose au gérant d'un journal ou écrit périodique, l'obligation « d'insérer gratuitement, en tête du plus prochain numéro, toutes les rectifications qui lui seraient adressées par un dépositaire de l'autorité publique, au sujet des actes de sa fonction qui aurait été inexactement rapportés par ledit journal ».

Le droit de rectification est donc la faculté pour un fonctionnaire de riposter afin de faire justice d'une assertion inexacte se rattachant à l'exercice de sa fonction.

Il diffère du simple droit de réponse des particuliers en ce qu'il faut, pour que l'insertion s'impose au gérant :

1° Que la réponse émane d'une personne ayant la qualité de dépositaire de l'autorité publique (1) ;

2° Qu'elle soit motivée par des assertions relatives aux actes de la fonction du représentant de l'autorité qui requiert l'insertion ;

3° Qu'elle ait le caractère d'une rectification, c'est-

(1) Voir ce qu'il faut entendre par dépositaire de l'autorité publique, dans PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 108 et suivantes.

à-dire que le requérant établisse que les faits ont été inexactement rapportés par le journal.

Le résultat de l'exercice du droit de rectification n'est pas très différent de celui du droit de réponse : la rectification doit paraître dans le plus prochain numéro, alors que la réponse doit être publiée dans les trois jours de la réception ; celle-ci doit être faite à la même place et en mêmes caractères que l'article qui l'aura provoquée, tandis que celle-là doit être insérée à la place d'honneur, celle de l'éditorial, en tête de la première page. La réponse est limitée à la longueur de l'attaque, la rectification au double de l'article incriminé. Enfin, en cas de refus d'insertion de la réponse, la gérant encourt une amende de 50 à 500 francs, une amende 100 à 1.000 francs lorsqu'il s'agit d'une rectification.

Dans ces conditions, la question de la légitimité de l'exercice du droit de rectification par les héritiers peut paraître dénuée d'intérêt. Puisque les héritiers bénéficient du droit de réponse, pourquoi vouloir leur accorder encore le droit de rectification ?

Nous prétendons, au contraire, que ce droit de rectification serait susceptible de rendre des services aux héritiers. Nous avons vu, en effet, que pour jouir de l'exercice du droit de réponse, les héritiers doivent établir que leur auteur a été victime d'une injure ou d'une diffamation. Si ces délits ne sont pas constitués, les héritiers ne peuvent agir. Le droit de rectification, au contraire, suppose que les faits ont été inexactement rapportés : il est donc plus large que le droit de réponse. On conçoit que les héritiers d'un fonctionnaire cherchent, à la suite d'un article relatif aux actes de la fonction de leur auteur, à rétablir la véri-

té. La plupart du temps ils n'auront pas le droit de réponse, puisque son exercice est très strictement limité.

A défaut du droit de réponse, auront-ils le droit de rectification de l'article 12 ?

Une réponse négative semble bien s'imposer, car rien ne permet une extension de ce droit, qui est regardé comme une sorte de privilège. Certains auteurs (1) protestent contre la situation qui est faite aux fonctionnaires qui cumulent le droit de réponse avec le droit de rectification. Aussi, puisque l'article 12 exige formellement que la rectification émane d'un dépositaire de l'autorité publique, on ne saurait en permettre l'exercice aux héritiers.

D'ailleurs, il faut éviter le plus possible « de faire revivre imprudemment des critiques périmées » : c'est donc « la paix des tombeaux » elle-même qui milite en faveur du refus du droit de rectification aux héritiers d'un fonctionnaire.

(1) BARBIER, 1^{re} édit., t. I, p. 130; DALLOZ, *op. cit.*, n° 282; DE GRATTIER, t. II, p. 101.

CONCLUSION

Au terme de cet ouvrage, nous apercevons clairement qu'il est deux solutions possibles au problème de la protection juridique de la mémoire des morts. Elles procèdent de tendances diamétralement opposées.

Ou bien, la loi — les textes de 1819 en sont un exemple — se désintéresse de la question, et cette indifférence est fâcheuse puisqu'elle n'aboutit à rien moins qu'à supprimer la difficulté en semblant l'ignorer.

Ou bien, au contraire, la loi, abordant franchement le problème, veille avec soin à ce que ne restent pas impunies les attaques dirigées contre les défunts, fût-ce au risque de compromettre très sérieusement les droits de la Critique et de l'Histoire.

Entre ces deux systèmes extrêmes, aux inconvénients certains bien qu'opposés, notre législateur contemporain s'en est tenu à une conception mixte dont nous avons analysé toutes les incidences pratiques. Nous sommes maintenant à même d'apprécier si cette transaction est judicieuse ou si elle n'est, elle-même, qu'une étape vers la solution idéale.

*
**

Le système de la loi de 1881, modifié en 1919, a été vivement critiqué. On lui reproche de ne pas assurer une protection suffisamment efficace de la mémoire des défunts.

En effet : la répression des injures et diffamations envers les morts est trop étroitement limitée ; la condition imposée par le législateur de prouver l'intention de nuire aux héritiers restreint considérablement le domaine d'application de la loi pénale.

Quant à l'autre moyen dont disposent les vivants pour faire respecter la mémoire des morts, celui qui présente le plus d'avantages pour ceux qui l'exercent, à savoir le droit de réponse, il n'est accordé que dans des hypothèses qu'on peut qualifier d'exceptionnelles, puisqu'il faut un délit d'injure ou de diffamation légalement constitué et commis dans un journal ou écrit périodique.

Il ne reste donc aux héritiers que la ressource de l'action civile qui, il faut le reconnaître, leur est largement ouverte. Mais cette voie subsidiaire est-elle susceptible de leur donner entière satisfaction ? Il est permis d'en douter, car elle exige le ministère d'un avoué et entraîne à des frais considérables. De plus, elle nécessite la preuve d'une faute qui est souvent délicate à rapporter et autorise le défendeur à invoquer la vérité des faits qu'il a invoqués. Enfin, elle n'aboutit qu'à une condamnation à des dommages-intérêts, dont la perspective ne saurait arrêter un pamphlétaire audacieux. L'action civile n'assure pas une répression suffisante et ne constitue, en somme, qu'un palliatif. En cette matière, seule la loi pénale est efficace. Malheureusement, elle ne peut recevoir son application que si l'agent a voulu nuire aux héritiers. Il est donc exact de dire que la mémoire des défunts n'est pas protégée pour elle-même. Les attaques dirigées contre l'honneur des morts bénéficient d'un traitement de faveur : dans la plupart des cas,

parce qu'elles s'adressent à des défunts, elles ne sont pas punies alors qu'elles le seraient si elles étaient commises envers des vivants. Pourquoi cette différence ? Pourquoi ne pas punir toute atteinte à la considération aussi bien des morts que des vivants ?

Pourquoi ne pas adopter le régime en vigueur chez nos voisins ? La plupart des législations étrangères punissent les attaques dirigées contre la mémoire des morts, sans exiger la condition d'une intention de nuire aux héritiers : la répression des atteintes à la considération, qu'il s'agisse de morts ou de vivants, est assurée dans tous les cas (1).

Pourquoi la loi française fait-elle une distinction entre l'honneur des uns et celui des autres ?

La réponse est facile à trouver : elle réside dans les droits de la Critique historique. C'est en considération de ceux-ci que le législateur de 1881 a érigé son système : c'est pour ménager à l'Histoire les franchises dont elle ne peut se passer que la protection des défunts a été réduite au strict minimum.

Si les libertés, indispensables à l'historien pour faire œuvre utile, ne peuvent être discutées, néanmoins une question se pose : l'Histoire a-t-elle un champ d'application assez vaste pour justifier le sacrifice imposé par la loi de 1881 ?

En somme, les individus dont elle a à s'occuper ne constituent qu'une minorité : tous les hommes, à leur mort, n'entrent pas dans l'histoire. La plupart d'entre eux n'ont joué aucun rôle dans la vie publique : laissera-t-on leur mémoire sans protection, sous pré-

(1) V. infra, p. 189 et suiv.

texte qu'il ne faut pas compromettre les intérêts de la Critique historique ?

Aussi certains auteurs (1) préconisent-ils une distinction entre les hommes publics et les simples particuliers. « Ceux-ci, disent-ils, se sont systématiquement tenus à l'écart de tout honneur public. Mandats électifs, situations administratives, ils ont tout repoussé, préférant le calme d'une existence obscure à l'éclat parfois redoutable d'une fonction publique. Ils n'ont joué aucun rôle dans la conduite des affaires et leurs actes n'ont eu aucune répercussion sur les événements qui ont attiré l'attention de leurs contemporains. Dans ces conditions, l'histoire n'aura pas à s'occuper d'eux car qu'importe la vie de ceux dont on n'a pas parlé. Si l'écrivain n'a pas à connaître ceux qui n'ont pas d'histoire, de quel droit le premier pamphlétaire venu pourrait-il apporter le trouble dans une famille qui ne demande que le calme et insulter la mémoire d'un mort qui, pour vivre heureux, a voulu vivre caché ? A l'égard de ces modestes, de ces obscurs, des simples particuliers en un mot, nous regrettons que le législateur n'ait pas puni la diffamation commise après leur mort, en dehors de toute atteinte à la personne de leurs héritiers (2). »

Par contre, les hommes publics appartiennent à l'histoire. « Ils ont sollicité les suffrages de leurs contemporains ou la confiance des gouvernements ; ils ont préféré les situations politiques ou administratives aux carrières plus paisibles et plus silencieuses qu'ouvrent le commerce, les arts ou les sciences. Ils ont voulu participer à la marche des affaires et influencer

(1) Notamment : AZARD ; BOUDET.

(2) AZARD, *op. cit.*, p. 139 et suiv.

sur leur direction ; ils ont, enfin, recherché la popularité et ils se sont offerts à la foule ; ils doivent être examinés en toute sécurité par ceux qui, précisément, ont pour mission de renverser les idoles et d'exalter les méconnus (1). »

Ce système aboutit à la création de deux régimes distincts applicables, l'un aux attaques dirigées contre la mémoire d'un simple particulier, l'autre à celles commises envers la mémoire d'un homme public. Dans le premier cas, la répression serait la même que celle des attaques dirigées contre l'honneur des vivants ; dans le second, il n'y aurait jamais lieu à l'application de la loi pénale : seul l'article 1382 du Code civil pourrait être invoqué. A première vue, cette distinction est séduisante. A la réflexion, son principe est discutable et surtout son application suscite maintes difficultés.

En effet, la discrimination entre l'homme public et le simple particulier peut être, dans certains cas, des plus délicates. Les diffamateurs prétendront toujours que c'est en tant qu'ancien homme public que le défunt a été visé. D'ailleurs, il est à noter que les auteurs qui préconisent la distinction ont une très large compréhension de l'homme public. Pour M. Hallier (2), c'est : « Tout individu qui, dans les premiers rangs comme dans le poste le plus modeste, par carrière ou par occasion, par élection, par détermination de la loi ou par le choix d'une autorité, prend ou exécute, contribue à prendre ou à exécuter des décisions d'intérêt général ou est soumis, à raison de son titre public, à des règles spéciales de protection ou de

(1) AZARD, *op. cit.*, p. 142.

(2) HALLIER, *op. cit.*, p. 67.

responsabilité différentes de celles applicables au simple particulier ».

C'est également l'opinion de M. Azard : « Sous ce nom d'hommes publics, nous comprenons non seulement les chefs d'Etat et leurs ministres, mais nous entendons parler également des fonctionnaires et de tous ceux qui, à un degré quelconque, ont participé à la vie publique (1) ».

Dans cette conception, la notion de particulier est essentiellement négative : elle embrasse tous ceux dont la mission ne se lie en aucune manière, ni directement, ni indirectement, à la politique ou aux intérêts généraux de la société ; ceux que la loi, l'élection ou l'autorité n'ont investi, d'une manière permanente ou accidentelle, d'aucun rôle, d'aucune fonction, d'aucun emploi, d'aucune dignité : le député, le préfet, le maire, le juré, le témoin ne sont pas des particuliers. En somme, le simple particulier sera une exception.

De ce fait, la réforme demandée aurait une portée d'application extrêmement réduite, qui ne justifierait pas un tel remaniement de notre loi.

Quant au régime de faveur qui en résulterait pour ceux qui s'attaqueraient aux hommes publics, il nous paraît excessif. Il conduirait à autoriser les plus basses attaques, les imputations les plus lâches, à condition qu'elles soient dirigées contre la mémoire d'un homme qui, de son vivant, a rempli quelque charge officielle.

Même à l'égard de cette catégorie d'individus, les droits sacrés de l'Histoire peuvent-ils être invoqués

(1) AZARD, *op. cit.*, p. 142.

dans tous les cas pour justifier l'impunité dont doivent bénéficier les diffamateurs professionnels? Certes ces franchises sont légitimes, mais on n'a que trop tendance à les invoquer là où elles n'ont pas leur place. Notre temps, disait déjà M. Paillart à la fin du siècle dernier, a le goût des études historiques. Chacun s'en occupe de son côté: les buts sont différents, les méthodes diverses, les pensées disparates. Pour l'un, c'est un travail de recherches et d'érudition, la découverte de documents inédits ou ignorés, plus ou moins authentiques, anciens ou récents, dont la publication ne plaît presque jamais à tout le monde; pour l'autre, moins innocent, c'est la suite d'un parti-pris, le désir de faire prévaloir un système et, comme le disait déjà Montaigne, « d'incliner l'histoire à sa fantaisie »; on peut l'écrire en témoin impartial; on peut l'écrire en témoin passionné jusqu'à la violence, comme Saint-Simon; en narrateur prolixe, comme Tite-Live; en juge parfois indulgent, comme M. Thiers, ou toujours sévère, comme Tacite. Non seulement les buts et les moyens sont différents, mais l'objet, la matière l'est également. Tantôt c'est l'Histoire générale ou particulière, tantôt c'est la biographie anecdotique, les menus faits et gestes d'un homme, les détails de sa vie. Ce sont ces derniers surtout qui jouissent de la faveur de la foule. Le grand public a appris à connaître les multiples magazines, dont le nombre va sans cesse grandissant. Il est attiré par les échos réunis sous des rubriques plus ou moins originales, présentés avec humour et dont la lecture facile convient, ainsi qu'on l'a fait remarquer, admirablement à une époque où l'on n'a pas le temps d'absorber de longues docu-

mentations. Car le public moyen répugne de plus en plus à s'attarder aux œuvres qui exigent, pour être assimilées, un effort de réflexion et de méditation. Il lui faut, aujourd'hui, une pâture légère, pimentée, qui l'excite et l'amuse. Il la trouve dans la lecture de ces échos qui, à l'occasion d'un événement quelconque, rappellent des mots à l'emporte-pièce et des traits de mœurs pleins de malignité. Ces petits histoires perfides et scandaleuses, le plus souvent inventées de toutes pièces, tendent à désobliger ou à ruiner la réputation d'un personnage connu. Les mêmes travers d'esprit, les infirmités physiques elles-mêmes, ne trouvent point grâce devant l'indiscrétion et la causticité cruelle des journalistes. Les réputations les plus fâcheuses s'établissent souvent à la faveur d'un simple propos calomnieux, adroitement lancé.

Laissera-t-on les héritiers désarmés en face de telles attaques ? Est-ce là « la rançon de la gloire » ? Est-ce là le domaine de l'Histoire ?

Ce n'est pas parce qu'un homme a joué un rôle dans les affaires de son temps qu'on doit pouvoir impunément le traîner dans la boue : le respect dû aux morts, et aussi la charité la plus élémentaire, nous commandent certains ménagements. « Que la conduite d'un citoyen soit jugée après sa mort, disait, il y a un peu plus d'un siècle, M. Dupin, je le veux bien : j'avouerai même qu'elle ne peut souvent l'être qu'à cette époque ; mais dans ce jugement soyez équitables et ne calomniez pas. »

Il faut donc protéger la mémoire des morts, celle des hommes publics aussi bien que celle des particuliers, plus efficacement que ne le fait la loi de 1881. Une réforme s'impose dans le sens d'une répression

plus sévère : malheureusement elle risque, en poursuivant le pamphlétaire, de léser l'historien sérieux. Il s'agit, en cette matière, d'intérêts opposés : ce que les uns gagneront à une modification du régime actuel sera obligatoirement perdu par les autres.

Il est donc extrêmement difficile de renforcer la protection des morts sans amoindrir les droits de la Critique historique. Néanmoins, une solution, autre que la distinction entre particuliers et hommes publics, est indispensable.

La réforme la plus simple serait, sans conteste, celle qui consisterait à exiger expressément la preuve de l'intention dolosive à l'égard du défunt.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer (1), il est logique de présumer cette intention lorsqu'il s'agit d'une diffamation dirigée contre un vivant, car, dans la majorité des cas, le diffamateur agit avec la volonté de nuire. Au contraire, lorsque la victime de la diffamation est un mort, il est assez vraisemblable de croire que, le plus souvent, l'agent est non pas un diffamateur professionnel, mais un historien ou un critique. Si bien qu'on peut admettre, en ce qui concerne les atteintes à la mémoire des défunts, une présomption inverse de celle qui joue en matière d'injure et de diffamation envers les vivants : l'agent serait présumé être de bonne foi. Ce serait aux héritiers qu'il appartiendrait de faire tomber cette présomption en prouvant que l'agent a agi avec l'intention de nuire au mort, donc qu'il ne peut pas invoquer les franchises de l'historien.

(1) V. *supra*, p. 107.

Ce système a le mérite de ne pas bouleverser les principes généralement admis en matière de diffamation. D'autre part, il doit satisfaire les historiens et les critiques, puisqu'il leur permet d'attendre, sans avoir rien à prouver, que l'héritier soit parvenu à démontrer leur intention méchante : c'est seulement au cas de réussite de ce dernier qu'ils auront à se défendre en prouvant leur bonne foi.

Par contre, il ne protège pas encore suffisamment les morts, car l'administration de la preuve de l'intention dolosive sera délicate et les héritiers risqueront de succomber dans cette tâche. De plus, ces derniers ne seront pas protégés au cas où un historien divulguera, de bonne foi, des faits susceptibles de rejaillir sur leur honneur ou leur considération.

Aussi, nous préférons une autre réforme, plus profonde celle-là, mais qui paraît devoir rallier tous les suffrages.

Elle consiste à fixer, à partir du décès, un délai pendant lequel les injures et les diffamations envers la mémoire du défunt seraient sévèrement réprimées ; ce ne serait qu'après un certain nombre d'années écoulées depuis la mort de la personne que la liberté la plus grande serait accordée à tous ceux qui voudraient rappeler ses mérites ou discuter ses actions.

Ce régime a été appliqué en Finlande. Sous l'empire du Code pénal de 1889, la diffamation envers les morts était punie d'une peine de prison ou d'amende ; mais le droit de poursuite était prescrit lorsqu'il y avait plus de vingt ans que la victime était morte (1).

Cette solution nous paraît judicieuse. Il est logique

(1) Code pénal de 1889, chapitre 27, § 4.

de punir sévèrement ceux qui s'attaquent à une personne qui vient de mourir : les traits destinés au défunt sont susceptibles de blesser les héritiers ; de plus, il est difficile de discerner le but dans lequel le diffamateur a agi et surtout il est trop aisé au pamphlétaire de couvrir ses attaques du pavillon de l'Histoire.

Aussi toute atteinte à la mémoire d'un défunt doit tomber sous le coup de la loi pénale, comme si elle était portée contre un vivant. Aucune distinction n'est nécessaire et, notamment, il faut bannir l'exigence de la preuve de l'intention de nuire aux héritiers. La diffamation et l'injure envers la mémoire des morts doivent être punies, parce qu'elles constituent des atteintes à l'honneur ou à la considération, au même titre que les offenses dirigées contre les vivants.

Mais ce régime ne saurait durer indéfiniment : après un délai plus ou moins long, l'Histoire doit reprendre ses droits. Contrainte au silence pendant un certain nombre d'années, elle doit pouvoir faire entendre, un jour, son jugement. Il n'y a plus d'inconvénients alors à ce qu'elle jouisse d'une entière liberté : les héritiers immédiats du défunt sont eux-mêmes disparus, les haines et les passions se sont éteintes ; l'historien peut prononcer sa sentence avec tout le sang-froid et la sérénité indispensables.

Ajoutons que ceux qui seront alors tirés de l'oubli qui s'était fait obligatoirement sur leur nom seront, vraisemblablement, des hommes publics et non de simples particuliers. Il y a bien peu de chances pour qu'un pamphlétaire profite de la liberté qui lui est donnée pour s'attaquer, bien longtemps après sa mort, à un personnage obscur. D'ailleurs, si l'hypothèse se rencontrait, les héritiers pourraient tou-

jours agir au civil, en vertu de l'article 1382 du Code civil; c'est également cette disposition qui leur permettrait de poursuivre l'historien qui, par légèreté ou par suite d'un défaut de contrôle, commettrait des inexactitudes.

Cette solution peut être rapprochée de la situation qui est faite en pratique aux archéologues et à tous ceux qui fouillent dans les sépultures dans l'espoir d'y découvrir quelque vestige du passé. Il serait absurde, dit M. Garçon (1), de soutenir que l'article 360 du Code pénal est applicable au fait d'ouvrir des sépultures très anciennes ou qui ont un caractère historique. Pourtant, il est difficile de donner la raison juridique de cette exception. C'est un tombeau et, tout ancien qu'il soit, il n'en est pas moins sacré. On trouve même quelquefois sur ces pierres le nom de celui qu'elles recouvrent et des imprécations contre celui qui violera son éternel repos. Néanmoins, l'ouverture de ces sépultures qui, quelques années auparavant, serait tombée sous le coup de la loi, ne constitue plus aucun délit. Pour que ce résultat soit acquis, il faut, évidemment, qu'il se soit écoulé un grand nombre d'années depuis l'inhumation du corps.

Ceci doit nous amener à réclamer un délai assez long pour que l'Histoire puisse reprendre ses droits. A ce propos, la durée de vingt années, exigée par le Code pénal finlandais, nous paraît nettement insuffisante; mais celle de cent vingt ans, proposée par M. Perraud-Charmantier (2), nous semble exagérée.

Pour être raisonnable, le délai doit osciller entre

(1) GARÇON, *op. cit.*, V^e art. 360, n^o 24.

(2) *Op. cit.*, p. 152.

cinquante et cent ans; le laps de cinquante ans nous paraît être un minimum. D'ailleurs, une longueur exagérée ne doit pas nous effrayer: un excès dans ce sens entraîne moins d'inconvénients qu'un minimum trop court. En effet, même pendant la période de répression, l'histoire ne sera pas bâillonnée: l'historien aura le droit de parler des morts, à condition de ne pas les diffamer. Au cas où il enfreindrait cette prohibition, il tomberait sous le coup de la loi pénale. Et non seulement les héritiers pourraient exercer contre lui l'action en diffamation, mais ils jouiraient encore du droit de réponse. Cette solution est admise par plusieurs auteurs (1). Il serait nécessaire de préciser les conditions dans lesquelles la réponse pourrait être faite. Actuellement, les journalistes se plaignent que la loi française admette la possibilité de plusieurs réponses: autant que d'héritiers. Il faut reconnaître que cette multiplicité peut gêner considérablement l'écrivain. Aussi nous proposons une disposition semblable à celle que connaît la loi vaudoise. Dans le canton de Vaud, l'obligation d'insérer ne s'impose au journaliste que lorsque la réponse émane de la collectivité des héritiers: ceux-ci doivent se mettre d'accord entre eux pour envoyer une rectification

(1) V. PERRAUD-CHARMANTIER, *op. cit.*, p. 132.

CLÉRISSE, *op. cit.*, p. 120.

JAUBERT, *op. cit.*, p. 221: « On pourrait peut-être concilier tous les droits, en admettant l'exercice du droit de réponse intégral pendant un certain temps, après la mort de la personne dont les actes se trouvent mis en cause. Cette période écoulée, l'histoire s'emparerait en souveraine de la personnalité et des actes du défunt. Cette combinaison nous paraîtrait suffisamment concilier les intérêts des héritiers les plus rapprochés du défunt, de ceux par conséquent dont la susceptibilité est la plus digne de respect, et de l'histoire qui recouvrerait son entière liberté lorsqu'elle aurait le recul nécessaire pour s'élever au-dessus des passions et juger impartialement les hommes et les choses ».

unique. Cette heureuse solution permet d'éviter les difficultés que nous avons rencontrées à propos de la question de savoir jusqu'à quel degré l'héritier peut invoquer le bénéfice du droit de réponse.

D'ailleurs, la loi vaudoise, à maints égards, peut servir d'exemple : promulguée le 12 février 1898, elle est toujours en vigueur et passe, aujourd'hui encore, comme l'un des modèles les plus complets et les mieux compris.

Le législateur français pourrait s'en inspirer pour nous doter, enfin, d'une loi complète parce que suffisamment longue, et précise jusque dans ses moindres détails.

Vu :
Nancy, le 7 septembre 1934,
Le Président de Thèse :
A. HENRY.

Vu
Nancy, le 10 septembre 1934,
Le Doyen de la Faculté de Droit,
F. SENN.

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 18 septembre 1934,
Le Recteur de l'Académie :
L. BRUNTZ.
Président du Conseil de l'Université.

ANNEXE

TEXTES LEGISLATIFS ETRANGERS

Code pénal pour l'Empire d'Allemagne de 1871

II^e PARTIE. — *Des divers crimes,
délits et contraventions, et de leur punition*

XIV^e SECTION. — *Des injures*

Art. 189, § 1. — Quiconque, bien que connaissant la fausseté de son assertion, aura outragé la mémoire d'une personne défunte en affirmant ou en répandant un fait faux qui aurait été de nature à rendre le défunt, de son vivant, méprisable ou à l'abaisser dans l'opinion publique, sera puni d'un emprisonnement jusqu'à six mois.

§ 3. — La poursuite n'aura lieu que sur la demande du père, de la mère, des enfants ou du conjoint du défunt.

Code pénal belge

(Loi du 8 juin 1867)

LIVRE II

TITRE VIII. — *Des crimes et des délits
contre les personnes*

CHAPITRE V. — *Des atteintes portées à l'honneur
ou à la considération des personnes*

Art. 443. — Celui qui, dans les cas ci-après indiqués, a méchamment imputé à une personne un fait

précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne ou à l'exposer au mépris public, et dont la preuve légale n'est pas rapportée, est coupable de calomnie lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, et de diffamation lorsque la loi n'admet pas cette preuve.

Art. 450, § 2. — Si la personne est décédée sans avoir porté plainte ou sans y avoir renoncé, ou si la calomnie ou la diffamation a été dirigée contre une personne après son décès, la poursuite ne pourra avoir lieu que sur la plainte de son conjoint, de ses descendants ou héritiers légaux jusqu'au troisième degré inclusivement (1).

Code pénal du royaume d'Italie (2)

publié le 19 octobre 1930

mis en vigueur le 1^{er} juillet 1931

LIVRE II

TITRE XII. — Des délits contre les personnes

CHAPITRE II. — Des délits contre l'honneur (3)

Art. 594. — Quiconque offense l'honneur ou la dignité d'une personne présente, est puni de la réclusion jusqu'à six mois ou d'une amende jusqu'à cinq mille lires.

La même peine s'applique à celui qui commet le

(1) L'injure prévue par l'article 448 ne peut être poursuivie lorsqu'elle est commise contre la mémoire d'un particulier. Bruxelles, 24 novembre 1885 (*Pasicrisie belge*, 1886, 2, 28).

(2) Traduction Pierre de CASABIANCA, conseiller à la Cour de cassation, Paris, 1932.

(3) Sous la rubrique des délits contre l'honneur, le Code régit l'injure et la diffamation, dans un sens tout différent de celui du Code de 1889. Sous l'influence de l'école classique italienne, et notamment de Carrara, le cri-

fait moyennant une communication télégraphique ou téléphonique, ou par écrits ou dessins, adressés à la personne lésée.

La peine est la réclusion jusqu'à un an ou une amende jusqu'à dix mille lires, si l'offense consiste dans l'attribution d'un fait déterminé.

Les peines sont augmentées, si l'offense est commise en présence de plusieurs personnes.

Art. 595. — Quiconque, hors les cas indiqués à l'article précédent, par une communication à plusieurs personnes, offense la réputation d'un tiers, est puni de la réclusion jusqu'à un an, ou d'une amende jusqu'à dix mille lires.

Si l'offense consiste dans l'attribution d'un fait déterminé, la peine est la réclusion jusqu'à deux ans, ou une amende jusqu'à vingt mille lires.

Art. 596. — Le coupable des délits prévus aux deux articles précédents n'est pas admis à prouver, à sa décharge, la vérité ou la notoriété du fait attribué à la personne offensée.

Cependant, lorsque l'offense consiste dans l'attribution d'un fait déterminé, la personne offensée et l'offenseur peuvent, d'accord, avant que soit pronon-

térium de la distinction entre l'injure et la diffamation n'est plus la détermination d'une attribution ou allégation offensante, mais la présence ou l'absence de la personne offensée. Aussi le texte dispose-t-il que l'*injure* est l'offense à l'honneur ou au décorum d'une personne *présente*, et la *diffamation*, suivant l'étymologie du mot, est la diffusion d'une offense qui porte atteinte à la réputation d'autrui. La diffamation est plus grave que l'injure, même proférée devant plusieurs personnes, à raison de ses répercussions plus dommageables, et de ce que la personne présente injuriée peut se défendre.

Aussi bien, l'un et l'autre sont plus sévèrement punies, si elles s'accompagnent de l'attribution d'un fait déterminé, si elles sont commises par la voie de la presse, ou par tout autre moyen de publicité, ou au préjudice de certains corps de l'Etat ou d'une autorité collégiale, c'est-à-dire composée de plusieurs personnes siégeant ensemble. (Note de M. de CASABIANCA).

cée une sentence irrévocable, déférer à un jury d'honneur (1) le jugement sur la vérité dudit fait.

Art. 597, § 3. — Si la personne offensée meurt avant que soit expiré le délai pour porter plainte, ou s'il s'agit d'offense envers la mémoire d'un mort, les proches parents, l'adoptant et l'adopté, peuvent déposer la plainte (2). Dans ces divers cas, comme aussi dans le cas où la personne offensée meurt après avoir porté plainte, la faculté indiquée au second aliéna de l'article précédent appartient aux proches parents, à l'adoptant et à l'adopté.

(1) Le décret du 28 mars 1931, relatif à l'application du Code de procédure pénale, dispose que le jury d'honneur se compose d'un ou plusieurs membres en nombre impair : il doit se prononcer dans un délai de trois mois, ses séances ne sont pas publiques, ses membres sont tenus au secret, la publication des actes, sauf la sentence, est interdite. Le jury d'honneur n'est pas considéré comme une juridiction pénale, c'est « un organe de censure privée dans la sphère purement éthique des rapports sociaux », a dit le ministre (Note de M. de CASABIANCA).

(2) Il importe de noter que les héritiers testamentaires ne sont pas au nombre de ces personnes.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- BARBIER (G.). — *Code expliqué de la Presse*, 2^e édition, Paris, 1911.
- BAZILLE et CONSTANT. — *Code de la Presse*, Paris, 1883.
- BLANCHE et DUTRUC. — *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 1888.
- BONNIER. — *Traité des Preuves*, 1888.
- CELLIEZ et LE SENNE. — *Loi de 1881 sur la Presse*.
- CHASSAN. — *Traité des Délits et Contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1837.
- DEMOGUE (R.). — *Traité des obligations en général*.
- DEMOLOMBE. — *Traité des obligations*, t. 8.
- DULAC (L.). — *De la Responsabilité civile en matière de délits commis par la voie de la Presse*; thèse, Lyon, 1884.
- DUTRUC. — *Loi du 29 juillet 1881*, 2^e édition, 1883.
- ESMEIN. — *Histoire du Droit public*.
- FABREGUETTES. — *Traité des Infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1901.
- FAIVRE et BENOIT-LÉVY. — *Code de la Presse*, 1885.
- FAUSTIN-HÉLIE. — *De l'Instruction criminelle*, 2^e édition, Paris, 1867.
- GARÇON. — *Code pénal annoté*, 1901-1906.
- GARRAUD. — *Traité théorique et pratique d'Instruction criminelle et de Procédure pénale*, 1929.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 7^e édition, 1924.
- GLASSON. — *Histoire du Droit et des Institutions de la France*, 1889.

- GRATTIER (DE). — *Commentaire sur les Lois de la Presse*.
GRELLET-DUMAZEAU. — *Traité de la Diffamation, de l'Injure et de l'Outrage*, 1847.
GOYET (F.). — *Précis de Droit pénal spécial*, 2^e édition, 1933.
JOSSE RAND. — *De l'esprit des Droits et de leur relativité*, 1927.
LABORDE. — *Cours élémentaire du Droit criminel*.
LALOU (H.). — *La Responsabilité civile*, 2^e édition.
LE POITTEVIN. — *Traité de la Presse*, 1903.
LE POITTEVIN. — *Dictionnaire-formulaire des Parquets et de la Police judiciaire*, Paris, Rousseau, 1928.
LE SELLYER. — *Action publique et privée*.
MANGIN. — *Action publique*, 1876.
MAZEAUD (H. et L.). — *Traité théorique et pratique de la Responsabilité civile*, Paris, 1934.
MOMMSEN. — *Manuel des Antiquités romaines*.
PARANT. — *Les Lois de la Presse*.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français*, 1930.
POTULICKI (M.). — *Le Régime de la Presse*, Paris, Sirey, 1929.
ROGER. — *Délits de Presse*, 1882.
ROUSSET. — *Code général des Lois sur la Presse*, 1869.
SOURDAT. — *Traité général de la Responsabilité et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, 1887.
THONISSEN. — *Etudes sur l'histoire du Droit criminel des Peuples anciens*, 1869.
TRÉBUTIEN. — *Cours élémentaire de Droit civil*, 2^e édition, par Laisné-Deshayes et Guillaouard.
VIDAL et MAGNOL. — *Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire*, 1928.
-

OUVRAGES SPÉCIAUX

- AZARD (C.). — *De la Diffamation envers les Morts et de la Critique historique*, thèse, Paris, 1900.
- BERTIN (J.). — *De la Diffamation envers les Morts*, 1867.
- BOISSEL (E.). — *Du Droit de rectification et de réponse en matière de Presse*, thèse, Rennes, 1903.
- BONNIER. — « De la Diffamation envers les Morts », dans la *Revue critique*, année 1859.
- BOUDET (A.). — *Outrages envers la mémoire des Morts*, thèse, Lyon, 1904.
- BUTEAU (M.). — *Le Droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*, thèse, Paris, 1909.
- CLÉRISSE (R.). — *Des limitations au Droit de réponse*, thèse, Paris, 1913.
- COSTE (R.). — « Diffamation envers la mémoire des Morts », dans la *France judiciaire*, année 1898.
- COURTEL. — *Essai sur la Diffamation*, thèse, Paris, 1873.
- DORÉ (R.). — *Du Droit de réponse en matière de Presse*; thèse, Paris, 1902.
- ELOY (M.). — *Les Droits du Critique littéraire et dramatique; leur réglementation légale et judiciaire*; thèse, Nancy, 1913.
- EXHENRY (A.). — *Le Droit de réponse en matière de Presse, dans les Législations d'Europe*, thèse, Berne, 1929.
- FAYOUT (J.). — *De la Diffamation*, thèse, Paris, 1884.
- FOURCAND (J.). — *De la Diffamation*, thèse, Bordeaux, 1891.
- FOURNIER (F.). — Note sous Cass. crim., 29 avril 1897 (D. P., 1899. 1. 25).
- GAHIER (J.). — *De la Diffamation par la voie de la Presse*, thèse, Rennes, 1893.
- GIRAL (G.). — *Les Droits de la Critique artistique, littéraire et historique, en présence de la législation sur la Presse*, thèse, Montpellier, 1908.

- GRAND. — « La Diffamation envers les Morts », dans la *Revue pratique du Droit français*, 1^{er} avril 1860.
- HALLIER (P.). — *De la Diffamation dans ses éléments constitutifs et dans ses variétés*, thèse, Paris, 1898.
- HEURTEAU. — *De la Diffamation*, 1881.
- JAUBERT (J.). — *Le Droit de réponse en matière de Presse*, thèse, Paris, 1901.
- JOSSE RAND. — Note sous Cass., 10 mai 1900 (D. P., 1901, 1. 137).
- LALOU (H.). — « Les Droits de l'Histoire et la Mémoire des Morts », dans le *Correspondant*, du 10 avril 1932.
- LALOU (H.). — Note sous Paris, 15 janvier 1932 (D. P., 1932, 2. 119).
- LALOU (H.). — Note sous Paris, 22 mars 1932 (D. H., 1932, p. 275).
- LE POITTEVIN. — Note sous Cass. req., 9 avril 1895 (S. 1896. 1. 81).
- MARTIN (P.). — *Le Droit de réponse et de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*, thèse, Dijon, 1922.
- MASSOL. — « De la Diffamation envers les Morts », dans le *Journal de Droit criminel*, 1865.
- MAZE (D.). — *Le Droit de réponse*, thèse, Paris, 1900.
- MEYNIAL. — Note sous Cass. crim., 29 avril 1897 (S., 1898. 1. 473).
- MEYNIAL. — Note sous Tribunal fédéral suisse, 2 février 1895 (S. 1895, 4. 9).
- NICOLAY. — *Le Droit de réponse*, thèse, Paris, 1911.
- PAILLART. — *Les Franchises de l'Historien*, Paris, 1866.
- PARIS (P.). — *De la Diffamation envers les Particuliers*, thèse, Bordeaux, 1902.
- PERRAUD-CHARMANTIER (A.). — *Le Droit de réponse en matière de Presse*, Paris, 1930.
- PHILIPPOTEAUX (H.). — *De la Diffamation envers les Particuliers suivant la Législation de 1881*, thèse, Lille, 1890.

PRUNET (F.). — *Le Droit de réponse dans le régime actuel de la Presse*, thèse, Toulouse, 1920.

ROUX. — Note sous Cass., 10 mai 1900 (S. 1903. 1. 105).

TIMBAL (G.). — *De la Condition juridique des Morts*, thèse, Toulouse, 1903.

TOUSSAINT (M.). — *Du Droit de réponse en matière de Presse*, thèse, Nancy, 1911.

VANTARD (R.). — *De la nature et de l'étendue du Droit de réponse en matière de Presse*, thèse, Nancy, 1925.

VILLEY (Edm.). — Note sous Paris, 5 mai 1885 (S. 1885. 2. 121).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
1 ^o <i>Justification de la Protection de la Mémoire des Morts.</i>	6
— Point de vue philosophique.....	6
— Point de vue juridique.....	11
2 ^o <i>Intérêts opposés.....</i>	17
Droits de la Critique et de l'Histoire.....	22
PREMIÈRE PARTIE.....	29
Etude historique de la question.....	31
CHAPITRE I. — <i>L'Antiquité</i>	32
Section 1 : L'Egypte.....	33
Section 2 : La Grèce.....	35
Section 3 : Rome.....	36
CHAPITRE II. — <i>L'Ancien Droit français</i>	44
CHAPITRE III. — <i>Code pénal de 1810 et loi de 1819.</i> ...	51
Controverse doctrinale.....	56
Jurisprudence	67
DEUXIÈME PARTIE.....	75
Solution de la loi positive française contemporaine.....	77
CHAPITRE I. — <i>Responsabilité pénale</i>	80
Section 1 : Fondement de l'action des héritiers	
conséquences pratiques.....	81
Paragraphe 1 : La doctrine.....	82
Paragraphe 2 : La jurisprudence.....	91
Paragraphe 3 : Le délit d'injure envers la mé-	
moire des morts.....	95
Section 2 : Conditions de la répression.....	100
Paragraphe 1 : Que doit-on prouver ?	100
Paragraphe 2 : Qui peut agir ?	110

	Pages
APPENDICE.....	115
Distinction entre l'injure ou la diffamation et d'autres délits susceptibles d'atteindre les morts.....	115
CHAPITRE II. — <i>Responsabilité civile</i>	125
Section 1 : Action civile née du délit de l'art. 34..	128
Paragraphe 1 : Cas où le droit d'option disparaît.....	129
Paragraphe 2 : Exercice de l'action civile devant les tribunaux répressifs.....	133
Paragraphe 3 : Exercice de l'action civile devant les tribunaux civils.....	135
Section 2 : Action civile basée sur l'art. 1382, C. c.	136
Paragraphe 1 : Conditions de réussite.....	137
Paragraphe 2 : Domaine d'application.....	151
CHAPITRE III. — <i>Le Droit de Réponse</i>	155
Section 1 : La loi de 1881	159
— Quand peut-on agir ?	159
Paragraphe 1	160
Paragraphe 2	160
Paragraphe 3	162
— Qui peut agir ?	165
Section 2 : La loi de 1919.....	166
— Quand peut-on agir ?	166
Jurisprudence	168
— Qui peut agir ?	171
APPENDICE	172
Le droit de rectification de l'article 12 peut-il être exercé par les héritiers ?	172
CONCLUSION	175
ANNEXE : Textes législatifs étrangers.....	189
BIBLIOGRAPHIE.....	193

